

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 4 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Madrid, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Servicios para la redacción del proyecto de obras, dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de la obra: ‘Construcción de pabellón polideportivo entre la calle Enrique Granados y el Paseo Joaquín Rodrigo en áreas de reparto 2 y 3 de Pozuelo de Alarcón” , Número de Expediente 2020/PA/014, dos lotes, este Tribunal ha acordado,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el DOUE, el 28 de abril de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 371.874,06 euros y un plazo de ejecución de 5 meses.

Segundo.- El 20 de mayo de 2020, tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón recurso calificado por el recurrente como recurso de Reposición contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) del contrato de referencia, por considerar que alguna de sus cláusulas no son ajustadas a Derecho.

Con fecha 25 de mayo de 2020, el órgano de contratación remite a este Tribunal el recurso de reposición calificándolo como recurso especial en materia de contratación, junto al expediente de contratación y el preceptivo informe, conforme a lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

El órgano de contratación manifiesta que, si bien el recurrente interpone recurso de reposición, el artículo 115.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que: *“2. El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*.

Por tanto, debe entenderse que el recurso interpuesto debe calificarse como especial en materia de contratación.

Tercero.- Los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo de recurso quedaron suspendidos desde el 14 de marzo hasta el 7 de mayo de 2020, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020 de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril. Asimismo, mediante la disposición adicional

octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, con extensión de la medida a los recursos especiales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Madrid para la interposición del recurso especial, por tratarse de una Corporación de Derecho Público, que vela por el ejercicio de la profesión de Aparejador y Arquitecto Técnico en su ámbito territorial, dado que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*.

La redacción del citado artículo 48 incluye expresamente los intereses colectivos y además contempla que puedan resultar no solo perjudicados sino afectados, de manera directa o indirecta por el acto impugnado.

Así resulta de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, la

cual en su Art. 1, referido a la naturaleza jurídica, capacidad y fines de aquellos, establece que *“los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”*, y el núm. 3 del mismo, en la redacción dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, dispone que son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional. Por su parte el Art. 5 de la ley 2/1974, establece: Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial: g) Ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante la Administración, Instituciones, Tribunales, Entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales y ejercitar el derecho de petición, conforme a la ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 1 de esta Ley.

En el mismo sentido, la defensa de los intereses profesionales está contemplada en los artículos 5 y 6 de sus Estatutos.

Por tanto, se le reconoce legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se ha planteado contra los PCAP y PPT que fueron publicados el 28 de abril, siendo objeto de rectificación, cuya publicación tuvo lugar

el 11 de mayo, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP, al haberse presentado el recurso el 20 de mayo.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto a fondo del asunto, el recurrente plantea dos motivos de impugnación:

- 1- En el lote 1 la Redacción del Proyecto y Dirección Facultativa de las obras no distingue entre Proyecto y Dirección de Obra, por un lado y Dirección de Ejecución Material de Obra por otro, impidiendo que los Aparejadores/Arquitectos Técnicos puedan presentarse libre e individualmente a la referida licitación como profesionales independientes, siendo que la Dirección Facultativa de estas obras exige la concurrencia de Director de Obra y Director de Ejecución, debiendo ser asumida esta última por un Aparejador/Arquitecto Técnico.

- 2- En el lote 2, la Coordinación de Seguridad y Salud, se prevé la designación dentro del Equipo de Seguridad y Salud de un Delegado, para cuyo ejercicio exige el Apartado 10 del ANEXO I que se ostente la titulación de arquitecto o ingeniero, lo que supone una discriminación del profesional Arquitecto Técnico que está perfectamente capacitado no ya sólo para asumir la Coordinación de Seguridad y Salud, como previene la propia Disposición Adicional Cuarta de la Ley 38/99 de 5 de noviembre, de ordenación de la Edificación a la que expresamente se remite, sino también para ejercer como tal Delegado.

Con relación al primer motivo el recurrente sostiene que la inclusión en el mismo lote 1 la Redacción del Proyecto y Dirección Facultativa de las obras sin

distinguir entre Proyecto y Dirección de Obra, por un lado y Dirección de Ejecución Material de Obra por otro, limita y cierra sin fundamento fáctico ni jurídico alguno, la posibilidad de que los Arquitectos Técnicos liciten por su cuenta, haciendo depender su intervención en esta obra, bien de que un Estudio de Arquitectura cuente en nómina con un Arquitecto Técnico (que pueda designar luego como DEO o CSS), o que el Arquitecto o Estudio de Arquitectura subcontrate posteriormente los servicios del Arquitecto Técnico, o bien de que se constituya una Unión Temporal de Empresas entre ambos profesionales, Arquitecto y Arquitecto técnico, pero dando siempre y en todo caso preeminencia al primero, quedando relegando el Arquitecto Técnico a un segundo plano sin motivo ni justificación, haciendo depender su contratación exclusivamente de la decisión que tome un Arquitecto. Trae a colación el Artículo 99.3 de la LCSP: *“Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes”*.

Alega, así mismo, que el Pliego vulnera en ese sentido la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado en relación con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio (que es la trasposición al Derecho interno español de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva Bolkestein); y también de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Considera que las limitaciones a la actividad económica solo pueden establecerse por razones imperiosas de interés general, que son las detalladas en el artículo 17, y deben ser respetuosas con el principio de necesidad y de proporcionalidad previstos en el Artículo 5 de la misma Ley.

Concluye solicitando la nulidad de pleno derecho y subsidiariamente la anulabilidad del Apartado 1 y 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

con ocasión de la distribución ilícita de la licitación exclusivamente en dos lotes, de forma que con ello se restringe el acceso a la licitación de forma libre y como profesionales independientes por los Arquitectos Técnicos.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que en el apartado 2 de la Memoria justificativa del expediente de contratación, suscrita por el Director Técnico de Deportes, se justifica la no división en distintos lotes de los trabajos de redacción de proyecto y de dirección facultativa de las obras en base a lo siguiente: *“(...) las labores de la Dirección facultativa de las obras van encaminadas a realizar un seguimiento exhaustivo de las actividades del Adjudicatario de las Obras para la ejecutar del proyecto de obras redactado según establece el PPT, por lo que el hecho que sea el mismo adjudicatario ofrece una mayor seguridad de conocimiento del proyecto y de los detalles constructivos que se consideraron a la hora de redactar el proyecto y que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de ejecutar la obra. (...)”*.

Queda, a su juicio, justificada que la división del objeto del lote 1 en dos o tres lotes diferenciados dificultaría la correcta ejecución del contrato desde el punto de vista técnico, y ello por la propia necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Siendo necesario, por un lado, en este caso en concreto, que para la correcta ejecución del mismo, la Dirección facultativa tenga un conocimiento exhaustivo y en profundidad del proyecto elaborado, y por el otro, que la misma actúe con una unidad de criterio, con coordinación total entre la Dirección de obra y la Dirección de ejecución de obra.

Dividir un contrato en lotes, supone la existencia de dos contratos independientes, tal y como está configurado el servicio objeto del presente contrato, durante su ejecución tendríamos distintos contratos que se suplementan y se condicionan mutuamente, y la deficiente ejecución de un lote puede suponer la presencia de patologías en el otro, lo que puede traer como consecuencia

situaciones de conflicto administrativo con el consiguiente perjuicio para la Administraciones, es decir, no son prestaciones independientes y la práctica nos dice que la división de la Dirección facultativa en dos lotes diferenciados implica que se generen, entre otros problemas, una dilación en los tiempos de ejecución de las obras, a consecuencia de los problemas que se pueden generar entre los distintos contratistas encargados de una única Dirección facultativa. Tan importante se considera una buena coordinación y un buen entendimiento entre los integrantes de la Dirección facultativa que se ha previsto como criterio de adjudicación, en el punto 15.1.2. del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas, valorar la experiencia conjunta del equipo de dirección, considerando de especial relevancia la experiencia conjunta en la Dirección Facultativa, entre el Arquitecto Director de Obra y el Arquitecto Técnico Director de Ejecución de Obra.

Vistas las alegaciones de las partes, el asunto se centra en dilucidar si el lote 1, en lo que respecta a la Dirección facultativa de las obras, debió desglosarse en dos lotes distintos, uno referido a la Dirección de Obra, por un lado y Dirección de Ejecución Material de Obra, ya que en otro caso se podría producir una restricción del acceso a la licitación de forma libre y como profesionales independientes por los Arquitectos Técnicos.

El artículo 99.3 de la LCSP, en el aspecto que nos interesa dispone:

“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes: a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.

En cuanto al nuevo régimen legal previsto sobre la división del contrato en lotes, la Resolución 124/2018, de 25 de abril, de este Tribunal señalaba que *“la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión discrecional del órgano de contratación pero sujeta a control, y en este control se debe partir de que el criterio general en la nueva LCSP, como explica en su preámbulo, es ‘Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas (...))’.* A diferencia de lo que se establecía en el artículo 86.3 del TRLCSP, la nueva LCSP en el artículo 99 precisa *‘2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. 3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. No*

obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras'. En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes: a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia. b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.

De todo lo anterior, se deduce con claridad que la división en lotes, si bien es la regla general como ya se ha indicado, no se impone para todos los contratos, pues debe permitirlo la naturaleza o el objeto de estos. La naturaleza y el objeto operan como condición previa para que se acuerde la división en lotes, por lo que resulta necesario determinar estos extremos.

Con objeto de delimitar la naturaleza y el objeto del contrato en lo referente al lote 1, procede traer a colación la Ley 38 /1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. En su artículo 12 establece “*El director de obra.1. El director de obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto*”. En su artículo 13 señala “*El director de la ejecución*

de la obra.1. El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado”.

Por tanto, el primero que debe tener la titulación de arquitecto realiza, entre otras, funciones de dirección del desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define y el segundo, que debe ser Arquitecto técnico, desarrolla funciones de dirección de la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.

En este sentido, la Resolución del TACRC 1112/2018, de 30 de noviembre, en un recurso que presentaba similitudes con el que nos ocupa, manifestaba *“Se contiene en la cita de nuestra Resolución anterior, la dicción literal del art. 99. 3 de la LCSP, verdadera piedra angular de la nueva concepción de la división en lotes del objeto del contrato, haciendo que dependa la posibilidad de la realización independiente de cada una de las partes de un contrato tanto de la naturaleza como del objeto del mismo, mediante su división en lotes. En el caso en el que nos encontramos, la determinación del objeto del contrato nos lleva a la aplicación al caso de lo dispuesto dentro de los arts. 12 y 13 de la LOE, donde se delimitan las funciones que corresponden a los dos tipos de técnicos intervinientes en la edificación que pueden tomar parte en este contrato, como son el arquitecto superior del lote 1, al que corresponden una serie de funciones y el arquitecto técnico o aparejador, del lote 2, al que se le atribuyen otras, y es por lo que resulta lógica la división en del presente contrato, puesto que, configurado como un contrato que tiene por objeto la pluralidad de prestaciones que se incluyen dentro de la definición del mismo, donde aparecen las de redacción del proyecto, coordinación de las mediciones y presupuesto, dirección facultativa de grado superior, elaboración de mediciones y presupuesto, redacción del estudio de seguridad y salud y dirección facultativa de grado medio, lo normal es que la forma de llevar a cabo esas*

prestaciones conforme a la legalidad vigente, es, precisamente, mediante la división en lotes de ese objeto”.

En el presente supuesto, dada la naturaleza y objeto del contrato del lote 1, en lo referente a la dirección facultativa, consistente en una pluralidad de prestaciones que se incluyen en la definición del mismo, en los términos señalados anteriormente, atribuidas a diferentes profesionales en función de una titulación específica, es susceptible de división en lotes y, en el caso de no hacerlo, como sucede en el presente supuesto, debió justificarse en el expediente de contratación, tal como exige el citado artículo 99.3 de la LCSP, no siendo suficiente que la justificación se haga en el informe del recurso especial.

Por tanto, a la vista de todo lo anterior, el motivo debe ser estimado, declarándose la nulidad del PCAP en su cláusula primera, en relación con el apartado 1 del Anexo I donde se definen las características del contrato, en lo referente a la configuración del lote 1.

Respecto al segundo motivo, el recurrente sostiene que en la Coordinación de Seguridad y Salud, incluida en el lote 2, se prevé la designación dentro del Equipo de Seguridad y Salud de un Delegado, para cuyo ejercicio exige el Apartado 10 del ANEXO I que se ostente la titulación de arquitecto o ingeniero, lo que supone una nueva discriminación del profesional Arquitecto Técnico que está perfectamente capacitado no ya sólo para asumir la Coordinación de Seguridad y Salud, como previene la propia Disposición Adicional Cuarta de la Ley 38/99 de 5 de noviembre, de ordenación de la Edificación a la que expresamente se remite, sino también para ejercer como tal Delegado.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que la Unidad de Contratación advirtió la existencia de un error en los apartados 10 y 15.2.2. del PCAP, el cual fue rectificado por Resolución de fecha 7 de mayo de 2020, publicándose en la Plataforma de Contratación del Sector Público el pasado 11 de

mayo, de forma que la habilitación exigida a los Coordinadores de Seguridad y Salud, es la prevista en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por lo que los Aparejadores/Arquitectos Técnicos pueden acceder independientemente de otros profesionales a este lote 2, simplemente tendrán que acreditar, al igual que el resto de licitadores, que cumplen con la exigencia de ser profesionales cualificados de acuerdo con la citada disposición.

Se constata por este Tribunal la modificación introducida en el Apartados 10 y 15.2.2 del PPT y Apartado 4.1.1 del PPT en el sentido señalado por el órgano de contratación en su informe y en los términos exigidos por el recurrente, por lo que no se entra a analizar este motivo al carecer de objeto.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Madrid, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Servicios para la redacción del proyecto de obras, dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de la obra: ‘Construcción de pabellón polideportivo entre la calle Enrique Granados y el Paseo Joaquín Rodrigo en áreas de reparto 2 y 3 de Pozuelo de Alarcón” , declarando la nulidad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en relación al lote 1, en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Quinto.

Segundo.- 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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

VOTO PARTICULAR A LA RESOLUCIÓN 115/2020 DE 4 DE JUNIO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN 98/2020, FORMULADO POR LAUREANO PELAEZ ALBENDEA, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Con respeto a la Resolución estimatoria adoptada por el TACPCM en el recurso interpuesto por la representación del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Madrid, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Servicios para la redacción del proyecto de obras, dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de la obra: ‘Construcción de pabellón polideportivo entre la calle Enrique Granados y el Paseo Joaquín Rodrigo en áreas de reparto 2 y 3 de Pozuelo de Alarcón”, Número de Expediente 2020/PA/01, manifiesto mi disconformidad con su fundamentación y su parte dispositiva, por las razones que se exponen a continuación.

El voto particular se circunscribe el deber de motivar la no división en lotes en el propio expediente administrativo. Se discute que las prestaciones del Arquitecto y el Arquitecto Técnico estén comprendidas dentro del mismo lote, Se afirma que *“En el presente supuesto, dada la naturaleza y objeto del contrato del lote 1, en lo referente a la dirección facultativa, consistente en una pluralidad de prestaciones que se incluyen en la definición del mismo, en los términos señalados anteriormente, atribuidas a diferentes profesionales en función de una titulación específica, es susceptible de división en lotes y, en el caso de no hacerlo, como sucede en el presente supuesto, debió justificarse en el expediente de contratación, tal como exige el citado artículo 99.3 de la LCSP, no siendo suficiente que la justificación se haga en el informe del recurso especial”*.

Acompaña cita de Resolución del TACRC 1112/2018, de 30 de noviembre. Hay que decir que esta Resolución comprende un caso cualitativamente distinto,

porque atendiendo a una misma obra la distribuye en dos lotes en función de la titulación del profesional que la realizaba y sobre todo comprende la redacción del proyecto. El contrato titulado “*contrato del servicio de redacción del proyecto, coordinación de las mediciones y presupuesto, dirección facultativa de grado superior, elaboración de mediciones y presupuesto, redacción del estudio de seguridad y salud y dirección facultativa de grado medio para las obras de sustitución del C.E.E. Cruz de Mayo*”, en Jaén, distingue estas prestaciones:

Lote 1.- Arquitecto:

1. Redacción de proyecto, excluida la elaboración de mediciones y presupuesto de la obra.
2. Coordinación y control de las mediciones y presupuesto de la obra.
3. Dirección facultativa de la obra.

Lote 2.- Arquitecto técnico:

1. Elaboración de las mediciones y presupuesto del proyecto.
2. Redacción de Estudio de Seguridad y Salud.
3. Dirección facultativa de ejecución de las obras.

Es decir existe una división funcional en función de las prestaciones de servicios contratadas que constituyen el objeto del contrato.

Lo que se discute en ese recurso por el Colegio de Arquitectos es el fraccionamiento indebido del objeto del contrato por constituir ese objeto (la obra) la unidad funcional y, por ello, los Arquitectos Técnicos no tienen competencias sobre ese objeto. Afirma el Colegio de Arquitectos que el Arquitecto Técnico no puede realizar esas funciones del lote 2. Todas las funciones tiene que realizarlas un Arquitecto Superior, porque es la misma obra:

“El recurrente interpone el presente recurso alegando que la correcta ejecución del proyecto, objeto del presente contrato de servicios, ha de contener la realización de las mediciones del proyecto correspondiente, así como el

presupuesto, en ambos lotes y no solo en uno de ellos, -el del arquitecto técnico-, así como, considera, se trata de un proyecto integral que no admite la división en lotes. Asimismo, manifiesta que, como consecuencia de la imposibilidad legal de separar en lotes el objeto de este contrato y entenderse todo ello como un todo único, se trata de un contrato que ha de reservarse a arquitecto superior puesto que, manifiesta: “solo los Arquitectos podrán realizar y elaborar tales proyectos en su integridad, sin poder descentralizar o desligar parte del contenido a técnico no competente (...).”

En el caso presente el Colegio de Aparejadores discute la inclusión en un lote (el 1) de funciones del Arquitecto Técnico, que debieran ser objeto de un lote independiente. Pero el Pliego no reserva en ningún caso las funciones a los Arquitectos.

Existen dos lotes, pero en ambos se respetan las funciones de los Arquitectos Técnicos.

El objeto del contrato se divide en dos lotes:

Lote 1 Redacción del Proyecto y Dirección facultativa de las obras.

Lote 2 Coordinación de Seguridad y Salud de la obra.

Y dentro del lote 1 figuran (según la Memoria):

REDACCIÓN DE PROYECTO:

1 ARQUITECTO JEFE.

EQUIPO DE 2 ARQUITECTOS/ARQUITECTOS TÉCNICOS (sigue jornada y retribuciones).

EQUIPO DE 2 INGENIEROS/INGENIEROS TÉCNICOS INSTALACIONES.

EQUIPO DE 2 INGENIEROS/INGENIEROS TÉCNICOS ESTRUCTURAS.

DIRECCIÓN FACULTATIVA:

ARQUITECTO.

ARQUITECTO TÉCNICO.

Lo que plantea el recurso es que en este lote 1 no distingue entre *“Proyecto y Dirección de Obra, por un lado y Dirección de Ejecución Material de Obra por otro, impidiendo que los Aparejadores/Arquitectos Técnicos puedan presentarse libre e individualmente a la referida licitación como profesionales independientes, siendo que la Dirección Facultativa de estas obras exige la concurrencia de Director de Obra y Director de Ejecución, debiendo ser asumida esta última por un Aparejador/Arquitecto Técnico”*.

A diferencia del supuesto contemplado en la Resolución del TACRC citada arriba, donde el Colegio de Arquitectos reclama para su profesión todas las tareas al constituir una unidad funcional la obra, en este lote están claramente diferenciadas las funciones de Arquitecto y Arquitecto Técnico, y así se recogen también en el Pliego de Prescripciones Técnicas, donde se diferencian detalladamente las Funciones del Director Facultativo y las del Director de Ejecución de las Obras (puntos 3.3.1. y 3.3.2). Por su extensión, seis apretados folios, no se transcriben.

Lo que interesa destacar es que a diferencia del supuesto contemplado por el TACRC donde los Arquitectos Superiores negaban las funciones de los Técnicos, el Pliego recurrido las reconoce pormenorizadamente y salva la independencia de los Arquitectos Técnicos, sin perjuicio de la unidad funcional de la Dirección Facultativa, porque todos (Arquitectos Superiores y Técnicos) forman parte de la misma Dirección Facultativa, tal y como recoge el propio PPT: *“la Dirección facultativa de las obras estará compuesta por El Director de obra, Arquitecto Superior y por el Director de ejecución de obra, Arquitecto Técnico, en adelante Dirección, siendo su cometido el analizar y realizar un seguimiento exhaustivo de las actividades del Adjudicatario de las Obras, encaminadas a ejecutar el proyecto, y posibilitar la toma de decisiones que requiera el desarrollo del Contrato de las Obras con la máxima eficacia”*.

La Resolución del TACRC dedica páginas del PPT y de la Ley de Ordenación de la edificación a defender las competencias de los Arquitectos Técnicos, que el recurso del Colegio de los Arquitectos Superiores es lo que cuestiona y, por eso, desestima el recurso.

En el caso de este recurso de los Aparejadores el Pliego respeta sus competencias pormenorizadamente.

Y da un fundamento a que vayan en un mismo lote: la Dirección Facultativa es una, formando parte de ella tanto Arquitectos Superiores como Técnicos, teniendo un cometido común, razón por la cual es razonable que se integre en un solo lote.

Esta explicación contenida en el PPT impregna el Pliego y trasciende a los criterios de valoración, se tiene en cuenta la experiencia conjunta de ambos: *“se requerirá al equipo de Dirección (Director de Obra y Director de Ejecución de obra) haber participado conjuntamente en cualquier obra. Se valorará 1 punto por cada millón de euros de obra, en una o varias obras, en que puedan demostrar mediante certificado fehaciente de la propiedad que el equipo ha participado conjuntamente en dichas obras, hasta un máximo de 10 puntos’. ‘En particular, es importante la experiencia conjunta en la Dirección Facultativa, entre el Arquitecto Director de Obra y el Arquitecto Técnico Director de Ejecución de Obra, ya que en la obra es muy valorable una buena coordinación entre ambos técnicos, independientemente de la experiencia individual de cada uno de ellos”.*

Sobre esta explicación contenida en la Memoria redundante en su informe el órgano de contratación, tal y como se recoge en la Resolución objetada a la que nos remitimos.

Tampoco se expone más porque la Ley no lo exige. Lo que exige la LCSP es que se fundamente la no división en lotes, cuando en el caso ya existen dos lotes,

arriba consignados. No requiere la Ley que se explique el contenido o fundamento de cada lote:

El artículo 99.3 de la LCSP, en el aspecto que nos interesa dispone:

“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta”.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes: a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.

El contrato ya está dividido en lotes. Lo que requiere el Colegio de Aparejadores es que el lote 1 se subdivida a su vez en otros dos lotes.

No existe obligación legal de justificar la composición de cada lote, porque las necesidades administrativas se definen por la propia Administración. Que existiendo

división en lotes, que atiende a la protección de las pequeñas y medianas empresas, no existe obligación de justificar la composición del lote 1.

No obstante, el expediente proporciona argumentos sólidos para no desagregar la Dirección facultativa, que es una unidad, en dos lotes diferentes, que puedan competir como contratistas entre sí.

El que la Dirección Facultativa constituye una unidad a efectos funcionales o finalistas se recoge en los artículos 12 y 13 de la Ley 38 /1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Tanto el Arquitecto Superior como el Técnico se predica que “forman parte” de la misma Dirección Facultativa. Y obviamente sus funciones, aunque diferenciadas, son conexas.

Constituyen, en el sentido de la LCSP, una unidad funcional, razón por la cual cabe no desagregarlos en lotes diferentes, independientemente que en este contrato ya había división en lotes y la resolución citada del TACRC refiere a un recurso muy distinto, en el que se cuestionaba precisamente la división en lotes por atribuir funciones a los Arquitectos Técnicos, señalando que la unidad funcional viene determinada por la obra y no por el servicio a prestar, y que todas las tareas correspondían a los Arquitectos.

Por todo ello, se entiende que el recurso debió ser desestimado.