

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

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña E.S.C., en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que han de regir la licitación del contrato “Servicio de asistencia técnica especializada para la redacción de proyecto de ejecución de obras de rehabilitación, dirección de obra, dirección de ejecución de obras y coordinación de seguridad y salud en fase de ejecución para 4 edificios gestionados por la sociedad mercantil municipal Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., situados en los Recintos Feriales de Casa de Campo, y que pretende alojen los usos de equipamiento singular dentro del marco del programa operativo para la creación del complejo municipal de impulso del asociacionismo, a adjudicar mediante procedimiento ordinario sujeto a regulación armonizada” (SP17- 1166/1167), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 13 y 16 de noviembre de 2017, respectivamente, se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, en el perfil de Contratante de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio S.A. (Madrid Destino) y

en el DOUE, dividido en dos lotes a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado asciende a 306.282,02 euros.

Segundo.- El 4 de diciembre de 2017, el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (COAM) presentó ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato mencionado.

El recurso solicita la modificación del PCAP, en cuanto a juicio de la recurrente la solvencia técnica exigida, el plazo, es considerada limitativa de la libre concurrencia. También considera improcedentes la limitación de los usos de los edificios, equipamiento cultural o administrativo, considerados a efectos de acreditar la solvencia, la exigencia de que Madrid Destino aparezca como asegurado adicional en el seguro de responsabilidad profesional y respecto del PPT, el derecho que se reserva el órgano contratante a rechazar al personal propuesto por las razones que considere oportunas.

Madrid Destino con esa misma fecha remitió a este Tribunal el recurso, copia del expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real decreto legislativo 3/2001, de 14 de noviembre, de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación del COAM para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al

tratarse de una persona jurídica representativa de intereses colectivos *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Madrid Destino es una empresa municipal que, en virtud de lo establecido en el artículo 3 del TRLCSP, forma parte del sector público y tiene la consideración de poder adjudicador por tener personalidad jurídica propia, haberse creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar financiada su actividad y controlada su gestión y nombrados los miembros de su Consejo de Administración por una Administración Pública que es poder adjudicador como el Ayuntamiento de Madrid.

Los contratos de Madrid Destino tendrán carácter privado, rigiéndose en cuanto a su preparación y adjudicación por el régimen contenido en los artículos 190 y 191 del TRLCSP, siendo susceptibles de recurso especial en materia de contratación cuando estén sujetos a regulación armonizada.

El recurso se ha interpuesto contra el PCAP y el PPT correspondientes a un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Así la publicación de la convocatoria en el DOUE se produjo el 16 de noviembre y los pliegos se ponen a disposición de los interesados a partir de la fecha de la publicación de la convocatoria en el Perfil de Contratante el día 13 del mismo mes, habiéndose presentado el recurso el día 4 de diciembre.

Quinto.- El recurso se fundamenta en primer lugar en una injustificada restricción del principio de concurrencia, como consecuencia de la solvencia técnica exigida.

El PCAP en el apartado 13 del Anexo I establece:

“Solvencia técnica o profesional

Criterio: Artículo 78 1 a) del TRLCSP

(...)

Acreditación: Relación firmada de los principales servicios realizados en los cinco últimos ejercicios (2012, 2013, 2014, 2015 y 2016) o los que correspondan en caso de que el Licitador se hubiere constituido o iniciado sus actividades en un periodo inferior, y acreditada documentalmente mediante al menos un certificado de buena ejecución, de cuantía similar al objeto del lote al que se opta, y de los servicios efectuados correspondientes a las actividades de:

LOTE 1. Pabellón de Valencia e Icona II:

- Redacción de Proyecto de Ejecución en edificios de uso equipamiento cultural o administrativo (público o privado), con algún grado de protección.

Dirección de Obra, Dirección de Ejecución de Obra y Coordinación de Seguridad y Salud en fase de ejecución en edificios de uso equipamiento cultural o administrativo (público o privado), con algún grado de protección”.

(.....)

- LOTE 2. Pabellón de Exposiciones/M. Vivienda e Icona I:

- Redacción de Proyecto de Ejecución edificios protegidos (con grado N1) de uso equipamiento cultural o administrativo (público o privado), de características similares.

- Dirección de Obra, Dirección de Ejecución de Obra y Coordinación de Seguridad y Salud en fase de ejecución en edificios protegidos (con grado N1) de uso equipamiento cultural o administrativo (público o privado), de características similares”.

Argumenta el COAM que *“Es importante resaltar que en el sector del urbanismo y la construcción debido a la consabida crisis económica, el volumen de negocios ha disminuido considerablemente en los últimos años, lo que impide que muchas empresas alcancen el nivel de solvencia exigido, pudiendo tener sobrada*

capacidad técnica para desarrollar los trabajos. Pese a que el actual TRLCSP establece la acreditación de la solvencia técnica respecto de los últimos cinco años, sería una consideración necesaria modular dicho alcance hasta su ampliación, al menos, a los últimos diez años, dado que debido al descenso del volumen de trabajo podría impedir la acepción de licitadores (sic), lo que impediría un nivel adecuado de competencia”.

El órgano de contratación en su informe sostiene que *“ha mantenido el respeto a todo el articulado de la ley que le es de aplicación, estableciendo las condiciones mínimas de solvencia exigidas en dicho texto legal. Se han cumplido, en lo referente a los medios de acreditar la solvencia, los requisitos del artículo 62 del TRLCSP, en cuanto que se han incluido y especificado en el pliego, y se encuentran vinculados al objeto del contrato, en aras a una adecuada gestión y ejecución del contrato. Manteniéndose en todo momento la proporcionalidad entre lo solicitado y el servicio a ejecutar. Nótese que se solicita haber ejecutado UN SERVICIO al menos de objeto similar al contrato a los últimos cinco años”.*

Tal y como dispone el artículo 62.2 del TRLCSP, los requisitos mínimos de solvencia deberán estar vinculados al objeto y ser proporcionales al contrato. El citado artículo dispone que, para contratar con el sector público, los empresarios deberán acreditar que poseen las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y técnica o profesional que se determinen por el órgano de contratación, requisito que será sustituido por la clasificación cuando sea exigible por dicha Ley.

La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determine por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP. Los criterios de solvencia han de cumplir una serie de requisitos que limitan la inicial discrecionalidad del órgano de contratación, figurar en el anuncio de licitación y Pliego, han de estar vinculados al objeto e importe del contrato, ser uno de los enumerados en la Ley según el tipo de contrato y no producir efectos discriminatorios.

La exigencia de la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos constituye una de las facultades de los Estados miembros para garantizar la aptitud de los licitadores para la ejecución del contrato que se licita. Se trata, así pues, de un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera que si bien es cierto, que el periodo de cinco años puede coincidir en parte con la duración de la crisis económica, no lo es menos que es el plazo que marca taxativamente la Ley y que solo se exige un trabajo en esos cinco años. El plazo de 10 años que se invoca en el recurso se refiere a los contratos de obras. Por lo tanto no se aprecia desproporcionalidad o vulneración de la norma.

En consecuencia el recurso debe desestimarse en cuanto a este motivo.

Sexto.- En cuanto a la exigencia de que los proyectos sean en edificios de usos *“equipamiento cultural o administrativo (público o privado)”*, alega la recurrente que *“atendiendo al artículo 2.1.a de la Ley de Ordenación de la Edificación, es competencia de los arquitectos la redacción de administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural. En este caso la solvencia ha de acreditarse con certificado de buena ejecución de al menos un proyecto de edificación referido a los usos cultural o administrativo, siendo el objeto de esta licitación de uso cultural. Por lo tanto, deberían ser solventes para participar en esta licitación todos los profesionales que hayan redactado un proyecto dentro de estos ámbitos de actuación, sin limitarse al uso cultural o administrativo”*.

El órgano de contratación señala al respecto que *“para el desarrollo de la estrategia de activación del Recinto Ferial de la Casa de Campo, es necesaria la rehabilitación de una serie de edificios que a día de hoy están sin uso. Dentro de la*

propuesta presentada en Junta de Gobierno el 5 de Julio de 2017 aparece como un programa fundamental del eje Socio-Cultural el proyecto impulsado por el AGCTyCP de Complejo Municipal de Impulso del Asociacionismo. Tal y como se señala en el cuadro adjunto como Anexo II al PPT, los usos propuestos por el AGCTyCP oscilarían entre Administrativo, Cultural y Educativo; este hecho ha motivado que se busque experiencia en esos usos, y no en otros, por considerarlo fundamental para el correcto desarrollo de los trabajos. No obstante lo anterior, esta parte ha tenido en cuenta las alegaciones presentadas por el COAM y, ha valorado que atendiendo a la clasificación de usos de Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, en todo caso estarían dentro de las clases de Equipamiento y Servicios públicos, dentro del paraguas general del USO DOTACIONAL. (Capítulo 7.2 Clasificación de los Usos / 7.2.2 Clasificación de usos según su naturaleza / e) Uso Dotacional), por lo que se propone al Tribunal la publicación y comunicación a todas las empresas que se han descargado los pliegos, de una nota aclaratoria, con el consiguiente aumento de plazo de presentación de ofertas, en los siguientes términos:

LOTE 1. Pabellón de Valencia e Icona II:

- Redacción de Proyecto de Ejecución en edificios con algún grado de protección.*
- Dirección de Obra, Dirección de Ejecución de Obra y Coordinación de Seguridad y Salud en fase de ejecución en edificios con algún grado de protección.*
- Redacción de Proyecto de Ejecución de equipamientos de climatización sostenible urbana para abastecimientos de características similares.*
- Dirección de Obra, Dirección de Ejecución de Obra y Coordinación de Seguridad y Salud en fase de ejecución en equipamientos de climatización sostenible urbana para abastecimientos de características similares.*

(...)

- LOTE 2. Pabellón de Exposiciones/M. Vivienda e Icona I:*
- Redacción de Proyecto de Ejecución edificios protegidos (con grado N1) de características similares.*

- *Dirección de Obra, Dirección de Ejecución de Obra y Coordinación de Seguridad y Salud en fase de ejecución en edificios protegidos (con grado N1) de características similares.*”

Dado que el órgano de contratación ha admitido la argumentación de la recurrente y propone la modificación del Pliego, al objeto de promover mayor concurrencia, si bien no existe obstáculo de legalidad, cabe la modificación propuesta si bien conlleva necesariamente la publicación de los Pliegos y un nuevo plazo de presentación de proposiciones.

Séptimo.- El siguiente motivo de recurso considera que el apartado 17 del Anexo I del PCAP, al exigir al adjudicatario la suscripción de una póliza de seguro *“para amparar los daños y perjuicios que pueda ocasionar a terceros, incluido al propio MADRID DESTINO, y que sean reclamados por éstos (MADRID DESTINO aparecerá como asegurado adicional de la póliza sin perder su condición de tercero.)”* incurre en una contradicción puesto que las pólizas de Responsabilidad Civil para Arquitectos aseguran las responsabilidades civiles exigidas al arquitecto por toda su actividad profesional como tal y *“Madrid Destino no puede ser simultáneamente asegurado adicional y parte reclamante. La póliza de Responsabilidad Civil se suscribe únicamente a nombre del personal profesional, no de la empresa contratante.”*

El órgano de contratación respecto a esta cuestión, considera que el COAM se limita a manifestar una queja, sin basarse en texto normativo alguno, *“la inclusión de Madrid Destino como asegurado adicional sin perder la condición de tercero es práctica habitual de Madrid Destino. En todos los procedimientos de licitación de la sociedad Madrid Destino, ya sean de obra, servicio o suministro, se recoge esta obligación. Esto no implica contradicción alguna, puesto que Madrid Destino puede verse en la posición de responder por los daños que se hayan ocasionado por la ejecución del contrato y que sean plenamente atribuibles a acciones u omisiones hechas por el adjudicatario. A diferencia de los demás, la responsabilidad civil del promotor no se encuentra directamente relacionada con un incumplimiento de sus*

obligaciones. Así, en el caso de condena a Madrid Destino, -en este procedimiento por un error en el diseño realizado por el arquitecto-, al aparecer ésta como asegurado adicional, puede acudir a la compañía solicitando la indemnización, ya que al no perder la condición de tercero, en el caso de que el que sufra daños sea Madrid Destino, ésta podrá reclamar. Su no inclusión supone la ausencia de capacidad de reclamación por mi representada en caso de tener que atender unos daños causados por el adjudicatario. Esto no supone ningún perjuicio para el contratista, ni limita en ningún caso la concurrencia”.

El artículo 75 del TRLCSP, relativo a la acreditación de la solvencia económica y financiera, establece en su apartado 1 que deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

(...)

“b) En los casos en que resulte apropiado, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente”.

En este caso el órgano de contratación ha estimado conveniente, además de exigir la declaración del volumen anual de negocios, la suscripción de una póliza de seguros profesionales atendiendo al objeto del contrato, cuestión admitida por la Ley como hemos visto.

El hecho de exigir una determinada previsión en la póliza consistente en que Madrid Destino ostente la condición asegurado y a la vez tercero, solo significa un refuerzo de su posición frente a posibles reclamaciones, que en nada debe perjudicar al profesional o empresa que debe suscribir el seguro y tampoco se evidencia que no pueda contratarse tal póliza, de acuerdo con la normativa de seguros aplicable.

En cuanto a la exigencia del seguro, el recurrente afirma que *“atendiendo a la cuantía del seguro, la posibilidad de presentar un seguro por riesgos profesionales*

permite la participación de mayor número de licitadores ya que no solo se limita a aquellos que acrediten el volumen anual de negocios exigido. Sin embargo, este hecho es una ventaja siempre y cuando la cantidad a acreditar en este seguro sea razonable respecto al precio de licitación, siendo en este caso de 123.093,92 € para el Lote 1 y 183.188,09 € para el Lote 2. El seguro por siniestro mínimo de 600.000 €, podría entenderse elevado respecto al precio de licitación por lo que el compromiso de presentación de una cantidad menor aumentaría las posibilidades de participación al ofrecerse como una optativa real y asequible para la acreditación de dicha solvencia económica”.

Madrid Destino señala que “la solvencia exigida al empresario responde a un criterio subjetivo del Poder Adjudicador contratante respecto de la idoneidad de aquel para realizar el objeto. Por ello, el TRLCSP no establece qué solvencia habrá de exigirse para cada tipo de contrato sino que enumera los posibles medios de acreditación que el órgano de contratación podrá utilizar. De modo que es el órgano de contratación quien determina en el pliego y en el anuncio, los criterios. En virtud de esa facultad concedida, y tras años de experiencia, el órgano de contratación de Madrid Destino determinó que la mejor manera de acreditar la solvencia económica era mediante el volumen de negocios”.

Considera el Tribunal que las afirmaciones de la recurrente obedecen más a cuestiones de oportunidad, en aras de propiciar la mayor concurrencia posible, que a cuestiones de legalidad, puesto que no se evidencia vulneración de las normas de contratación ni del principio de libre concurrencia e igualdad entre los licitadores por el hecho de exigir dos medios de acreditar la solvencia económica o por las cantidades aseguradas.

El órgano de contratación, en virtud de lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, es quien debe conjugar dentro de los límites que marca la Ley, los principios de eficiencia de la contratación y de libre concurrencia, a la hora de establecer los criterios de selección, en atención a las circunstancias del contrato y es lo que aparece motivadamente en este supuesto.

Por todo ello el motivo de recurso debe desestimarse.

Octavo.- Como último motivo de recurso se aduce que el apartado 7 del PPT establece la siguiente previsión:

“7. MEDIOS PERSONALES.

(....)

PARA TODOS LOS LOTES: Para la ejecución del contrato, se exige un técnico cualificado (Ingeniera/o, Arquitecta/o, Arquitecta/o técnica/o, etc...) en los trabajos de coordinación general de cada equipo de trabajo (lote), pudiéndose integrar en el equipo técnico cuantas colaboraciones adicionales se estime conveniente.

La empresa Adjudicataria presentará una relación de medios humanos y titulación universitaria y/o cualquier otro certificado de formación o similar que acredite sus conocimientos.

Madrid Destino se reserva el derecho a rechazar al personal propuesto, por las razones que, sin ser arbitrarias, considere oportunas. El personal sustituto, que contará con la experiencia que requiere el proyecto, será sometido a la previa aprobación de Madrid Destino”.

A juicio de la recurrente “en esta cláusula se dispone que Madrid Destino tiene derecho a rechazar a cualquiera de los profesionales que compongan el equipo licitador, aun cumpliendo las condiciones de solvencia exigidas, si lo considera oportuno. Debe realizarse la adecuada motivación para citar las razones que justifiquen el rechazo del personal propuesto. De ese modo se asegurará una mínima seriedad por parte de la empresa contratante y permitirá constatar la objetividad de dicha decisión mediante los argumentos en que se apoya la decisión, lo que constituye una garantía básica para los licitadores en ambos lotes. Por tanto, el derecho para rechazar al personal propuesto por parte de Madrid Destino carece de motivación ya que se desconocen los motivos que esta empresa considera oportunos para rechazar a los profesionales de los dos equipos de trabajo”.

Madrid Destino opone que se trata *“de una cuestión de ejecución del contrato, y tal como se detalla en el PPT Madrid Destino se reserva el derecho a rechazar al personal propuesto, por las razones que, sin ser arbitrarias, considere oportunas. El personal sustituto, que contará con la experiencia que requiere el proyecto, será sometido a la previa aprobación de Madrid Destino.... las razones para desestimar el personal nunca podrán ser arbitrarias (es decir, deberán justificarse), es decir, Madrid Destino se reserva el derecho a desestimar el personal aportado por el Adjudicatario que no cumpla las condiciones adecuadas o que no se considere adecuado por los motivos que Madrid Destino estime razonables y nunca de manera arbitraria”*.

Sin cuestionar de ningún modo las facultades que le corresponden al órgano de contratación sobre el control de la ejecución del contrato, debemos concluir que la previsión recurrida del PPT adolece de una excesiva indefinición que puede provocar inseguridad jurídica en el adjudicatario.

Si el PPT exige el cumplimiento de determinados requisitos a los profesionales adscritos a la ejecución del contrato, el rechazo de los mismos solo puede basarse en su incumplimiento o en causas justificadas relacionadas con el desempeño de sus funciones, sin que sea posible otorgar al órgano de contratación una ilimitada facultad de rechazo del personal, por cualquier causa que entienda pertinente. La expresión de que las causas *“no sean arbitrarias”* tampoco otorga seguridad alguna al adjudicatario sobre el ejercicio de esa facultad.

Por tanto procede estimar el motivo de recurso eliminando la previsión impugnada. Dado que la misma no influye en la presentación de proposiciones podría tenerse por no puesta sin necesidad de modificar el Pliego.

La estimación del recurso por uno de los motivos alegados, supone en su caso, la modificación del Pliego en el apartado correspondiente y su publicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña E.S.C., en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que han de regir la licitación del contrato “Servicio de asistencia técnica especializada para la redacción de proyecto de ejecución de obras de rehabilitación, dirección de obra, dirección de ejecución de obras y coordinación de seguridad y salud en fase de ejecución para 4 edificios gestionados por la sociedad mercantil municipal Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio S.A., situados en los Recintos Feriales de Casa de Campo, y que pretende alojen los usos de equipamiento singular dentro del marco del programa operativo para la creación del complejo municipal de impulso del asociacionismo, a adjudicar mediante procedimiento ordinario sujeto a regulación armonizada” (SP17- 1166/1167) debiendo modificarse el PCAP, en su caso, y el PPT en los términos indicados en los fundamentos de esta Resolución.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.