

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ACUERDO 58/2014, de 1 de octubre de 2014.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de septiembre de 2014, el Instituto Aragonés de Fomento (en adelante IAF) publicó en su Perfil de contratante, el anuncio de licitación, relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Redacción de Proyecto Básico y de Ejecución, Estudio de Seguridad y Salud, y Proyecto de actividad de la reforma del Palacio de Justicia de Teruel», contrato de servicios, tramitado mediante «procedimiento simplificado», con varios criterios de adjudicación, y con un valor estimado de 140 000,00 euros, IVA excluido.

Del anuncio se desprende que el plazo de presentación de ofertas finalizaba a las 19:00 horas del día 22 de septiembre de 2014. En el Anexo II del Pliego de Condiciones de Contratación que rige la licitación (en adelante PCC), se exigía acreditar la siguiente solvencia técnica:

«Solvencia técnica o profesional (artículo 78 TRLCSP):

a) Una Relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado de los mismos. Criterios de selección: Haber realizado, en los últimos cinco años, la redacción de al menos tres proyectos técnicos de edificios públicos o privados con presupuesto de ejecución material para cada uno de ellos superior a 2 000 000 €, excluido el IVA, siendo al menos uno de ellos proyecto de reforma o gran reparación. Esta experiencia se acreditará mediante certificado expedido por el organismo en cuestión donde figure la fecha de adjudicación del contrato».

SEGUNDO.- Con fecha 19 de septiembre de 2014, tuvo entrada en el Registro del IAF recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Ignacio Gracia Aldaz, en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón (en adelante COAA), contra el PCC que rige la licitación del referido contrato.

Con fecha 24 de septiembre de 2014, el IAF remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el recurso especial, copia del expediente de contratación completo, acompañado del preceptivo informe sobre el recurso.

El recurso alega, en síntesis, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

a) Mantiene y argumenta que la entidad de los documentos exigidos en los Pliegos es tal que hace que, objetivamente, deba considerarse insuficiente el plazo establecido (diez días), considerando que la brevedad de plazo constituye un impedimento para la libre concurrencia.

b) En relación a la solvencia técnica alega que el criterio de selección establecido: «Haber realizado, en los últimos cinco años, la redacción de al menos tres proyectos técnicos de edificios públicos o privados con presupuesto de ejecución material para cada uno de ellos superior a 2 000 000 €, excluido el IVA, siendo al menos uno de ellos proyecto de reforma o gran reparación», es desproporcionado y atenta contra los principios de libre acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato, resultando restrictivo de la competencia. Considera que debería ser suficiente la acreditación de la solvencia técnica por la posesión de la titulación académica correspondiente, en este caso, la de arquitecto, y entiende que la grave crisis económica —y la consecuente reducción de actividad de edificación— dificulta acreditar lo exigido, atendiendo al volumen de obra de los últimos cinco años.

c) El COAA, de acuerdo con el artículo 43 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y por no ser objeto de recurso la impugnación de la adjudicación del contrato, solicita la suspensión cautelar del acto impugnado.

Por todo lo alegado, solicita que se estime el recurso y se proceda a la modificación de los Pliegos de la licitación mediante la supresión del criterio de acreditación de la solvencia técnica, y su sustitución por el criterio legal de la titulación académica, y la ampliación del plazo a un mínimo de 20 días.

TERCERO.- Por Resolución 14/2014, de 22 de septiembre, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por el recurrente, en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, en atención a que el plazo para presentar proposiciones en el procedimiento concluía el día 22 de septiembre de 2014, y en aras a garantizar la eficacia del objeto de la reclamación.

CUARTO.- Con fecha 25 de septiembre de 2014 el Tribunal da traslado del recurso a los nueve licitadores presentados a la licitación, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

QUINTO.- El 30 de septiembre de 2014, D. José María Ruiz de Temiño, en nombre y representación de INGENNUS URBAN CONSULTING, S.L.P, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación, por considerar que el plazo concedido a los interesados para participar en el procedimiento resulta suficiente al respetar el límite mínimo legal, teniendo además en cuenta que el IAF entregó a todos los interesados el anteproyecto de reforma, y que se han presentado siete ofertas. Entiende, además, que la solvencia técnica requerida es razonable y coherente con el complejo proyecto de rehabilitación de que se trata, pudiendo la Administración contratante exigir la aportación de otros medios para acreditar la solvencia técnica conforme al artículo 78 TRLCSP.

SEXTO.- El 30 de septiembre de 2014, D. Pedro Bellido Núñez, en nombre y representación de JG INGENIEROS, S.A, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación, por considerar que aunque el tiempo de preparación de la oferta era escaso hay empresas que la han realizado, habida cuenta de que los propios plazos de realización del contrato exigen la capacidad de trabajar en condiciones similares durante la ejecución del mismo. Respecto de la solvencia, entienden que si bien la titulación de arquitecto es necesaria, también lo es la de ingeniero, resultando deseable el solicitar una experiencia mínima, dada la complejidad del proyecto.

SÉPTIMO.- El 30 de septiembre de 2014, D. Javier Gutiérrez Sánchez, en nombre y representación de 12 99 ARQUITARIA, S.L, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación, por considerar que el plazo concedido a los interesados para participar en el procedimiento se ajusta a lo establecido en la Instrucción de contratación del IAF, y cumple con la normativa aplicable a los contratos de servicios realizados por procedimiento simplificado en caso de urgencia. Entiende, además, que la solvencia técnica requerida resulta conforme al artículo 78 TRLCSP y es práctica habitual en todos los contratos de servicios. Mantiene que es el órgano de contratación el que debe elegir los criterios de acreditación de la solvencia técnica de entre todos los posibles.

OCTAVO.- El 30 de septiembre de 2014, D. Ángel Hernández Parejo, en nombre y representación de UNALUNA, S.L, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación, por considerar que es posible presentar una propuesta en el tiempo concedido, lo que se constata con la presentación de varios equipos. Señala que la Administración contratante ha pretendido conocer las capacidades y rapidez de respuesta de los equipos, habida cuenta de que los propios plazos de realización del contrato exigen la capacidad de trabajar en condiciones similares durante su ejecución. Entienden que se trata de la reforma de un edificio público, que debe mantener su uso durante la rehabilitación, lo que exige una experiencia como la que se exige. Por último, consideran que si se modifican las exigencias se estaría penalizando económicamente a los equipos presentados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación del Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, que permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. El interés que

preside el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, en cuanto posibles participantes en la licitación regulada por el PCC impugnado, de conformidad con sus Estatutos.

Recuérdese que la STC (Sala Primera), núm. 119/2008 de 13 octubre ha avalado un concepto amplio de legitimación, afirmando que la falta de participación en un concurso público no es motivo para negar legitimación por falta de interés legítimo a un recurrente, considerando la interpretación de la que se deriva que para estar legitimado debe ser un licitador una medida rigorista y desproporcionada al impedir a la demandante obtener una respuesta judicial sobre el fondo de su pretensión. Criterio confirmado por la STC 38/2010, de 19 de junio, que reconoce la legitimación a un colegio oficial de arquitectos (Acuerdos 36/2012 y 45/2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100 000 €. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón).

La licitación se ha convocado por un poder adjudicador no Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1. c) TRLCSP, al tratarse de una entidad de derecho público, tal y como se define en el artículo 2 del texto refundido de la Ley del Instituto Aragonés de Fomento, aprobado por Decreto Legislativo 4/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón.

La falta de anuncio previo al órgano de contratación se entiende subsanada por la presentación del recurso en el Registro del órgano de contratación que, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, implicará la comunicación previa exigida.

Por último, el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Respecto a la motivación del fondo del recurso, alega en primer lugar la recurrente que la entidad de los documentos exigidos en los Pliegos es tal que hace que, objetivamente, deba considerarse insuficiente el plazo establecido, considerando que la brevedad de plazo constituye un impedimento para la libre concurrencia.

Este Tribunal mantiene (por todos, su reciente Acuerdo 53/2014), que el principio de publicidad es uno de los pilares fundamentales del procedimiento de adjudicación de los contratos, junto con los de transparencia, igualdad, no discriminación y libertad de concurrencia. El principio de publicidad garantiza que todos los posibles destinatarios de la información sobre el procedimiento de licitación pueden acceder a ella en igualdad de condiciones, y está formulado en el artículo 1 del TRLCSP cuando dispone que «la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (...)».

Las exigencias de publicidad establecidas en el TRLCSP se acomodan a los diferentes tipos contractuales, siendo especialmente rigurosas en los contratos sujetos a regulación armonizada y mas flexibles con el resto, máxime cuando se trata de un poder adjudicador no Administración Pública, como en el presente caso (artículo 191 TRLCSP). Este precepto remite a las Instrucciones de contratación de cada poder adjudicador para la regulación de los procedimientos de contratación en contratos no armonizados, de manera que se garanticen los principios enunciados en su primer apartado.

En la presente licitación, «procedimiento simplificado de contratación, de tramitación urgente», el plazo de presentación de proposiciones otorgado a los licitadores ha sido de diez días, que es el plazo que en la Instrucción de contratación del IAF se establece para los procedimientos simplificados tramitados de urgencia. Plazo además coherente con el establecido en la tramitación simplificada del procedimiento abierto regulada artículo 10 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), en el que precisa únicamente de publicación en el Perfil de contratante y que recoge un plazo mínimo de presentación de proposiciones de diez días naturales. La declaración de urgencia ha sido además debidamente justificada por el órgano de contratación.

A la vista de todo lo anterior, el Tribunal concluye que esta licitación ha sido objeto de la publicidad debida, debiendo desestimarse este motivo de recurso.

TERCERO.- La recurrente mantiene, en segundo lugar, que el artículo 78 TRLCSP establece que en el caso de profesionales, la solvencia técnica puede acreditarse simplemente por la posesión de la titulación académica correspondiente, en este caso la de arquitecto, titulación que justifica la capacidad técnica para la ejecución de un contrato como el que se licita.

Debemos sin embargo traer a colación la doctrina establecida en nuestro Acuerdo 9/2014, y partir, por tanto, de la consideración de que es a la entidad contratante (IAF), a quien corresponde definir sus necesidades, con las limitaciones que la Ley establece para preservar los principios de la contratación pública, especialmente la libre competencia.

Considera este Tribunal que el establecimiento de requisitos ulteriores para la ejecución del contrato, respecto de la normativa que regula los requisitos mínimos de solvencia para la ejecución del contrato, no implica una derogación de las normas de solvencia de contratistas, sino que únicamente tiene por objeto concretar las necesidades de un poder adjudicador en relación con el objeto del contrato.

Por otro lado, no se observa que la exigencia controvertida en este punto pueda implicar una restricción a la libre competencia; no teniendo que circunscribir la solvencia técnica o profesional a estar en posesión de la licenciatura en arquitectura, siempre que tal exigencia obedezca a objetivos razonables como ocurre en la licitación recurrida de un proyecto de reforma y rehabilitación funcional del edificio existente, con una previsión de presupuesto de ejecución material de la obra de 3 309 452,02 €.

Se debe así desestimar este motivo de recurso.

CUARTO.- Cuestión distinta es la exigencia contenida en el Anexo II del PCC, que exige como requisito de solvencia técnica o profesional el haber realizado en los últimos cinco años la redacción de, al menos, tres proyectos técnicos de edificios públicos o privados, con presupuesto de ejecución material para cada uno de ellos superior a 2 000 000€, excluido el IVA, siendo al menos uno de ellos, proyecto de reforma o gran reparación.

La motivación del fondo del recurso en este punto, es la vulneración de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos consagrados en el artículo 1 TRLCSP, por los Pliegos (en concreto el transcrito apartado a) del Anexo II del PCC) que rigen la licitación. Toda vez que, a juicio del recurrente, la exigencia establecida es restrictiva de la competencia y resulta desproporcionada, al exigir al menos tres proyectos técnicos con un presupuesto de ejecución material para cada uno de ellos superior a dos millones de euros.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si los Pliegos (en concreto apartado a) del Anexo II de la solvencia técnica o profesional) que rigen la licitación, se ajustan al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo).

Ya en el Acuerdo 2/2011, de 6 de abril, de este Tribunal, se significaba que el principio de igualdad, en la fase de solvencia, es de gran importancia práctica; pues lo que se pretende a la hora de valorar la aptitud de un contratista —mejor operador económico, en la terminología de la Directiva 2004/18—, es determinar la auténtica capacidad para hacer efectiva, en las condiciones pactadas, la prestación en cuestión que se demanda por el ente contratante, por cuanto lo importante, en la contratación pública, es la correcta ejecución del contrato adjudicado. Para contratar con los poderes adjudicadores los contratistas deben cumplir una serie de requisitos previos que hacen referencia a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica. Las condiciones de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, además, tienen que estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo.

De manera que, las exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición sine qua nom, cuyo incumplimiento justifica la exclusión del licitador. Y ello para garantizar la consecución del interés público, que es causa de todo contrato público. De ahí la importancia de su ajustada concreción, pues el carácter desproporcionado de la solvencia que se exija, o la no directa vinculación, son un elemento de restricción indebida de la competencia. Y así, se recordaba en nuestros Acuerdos 9/2013, 45/2013 y 9/2014, indicando que corresponde al órgano de contratación determinar los requisitos que se van a exigir, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo, de forma que no deberán exigirse requisitos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su

dimensión económica. Ni requisitos que, por su aplicación práctica, alteren de hecho la solvencia mínima exigida, desnaturalizando el propio procedimiento de licitación elegido.

Como este Tribunal estableció en su Acuerdo 9/2014:

«En el Derecho en general, y el ordenamiento jurídico de la contratación en particular, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, alude a la idoneidad de la solvencia o del compromiso de adscripción medios personales o materiales exigidos para la ejecución de un determinado contrato.

Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica.

El primero, exige que toda medida restrictiva del acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público.

El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad e idoneidad de los concretos requisitos de solvencia, o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales, la necesidad de gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación del sector público, expresamente recogidos en el artículo 1 TRLCSP.

El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada».

En el informe al recurso sobre los requisitos de solvencia técnica exigidos respecto al presupuesto de ejecución material se mantiene que «el contrato previsto trata sobre una obra de reforma o gran reparación con importe superior a los 3 millones de euros y por tanto, la cantidad de 2 millones de euros fijada como criterio de solvencia ya supone una amplia relajación».

Pues bien, a juicio de este Tribunal esto sería así en el caso de haber exigido única y exclusivamente la redacción de un proyecto técnico de edificio público o privado con presupuesto de ejecución material superior a 2 000 000,00 €, pero no de tres proyectos cada uno de ellos por importe superior a 2 000 000,00 € (es decir, se está exigiendo acreditar, en los últimos cinco años, la redacción de al menos tres proyectos técnicos de edificios públicos o privados por un mínimo global de seis millones de euros), para una obra cuyo presupuesto de ejecución material es de 3 309 452,02 €. Esta exigencia resulta por tanto desproporcionada y carente de justificación desde la óptica de la correcta prestación del contrato que se licita, supone una restricción indebida del mercado y de las reglas de la competencia, por lo que existe quiebra del principio de igualdad de trato inherente a toda contratación pública.

En consecuencia, procede estimar este motivo de recurso, anulando el criterio recogido en el apartado a) del Anexo II del PCC, y por tanto, al haber finalizado el plazo de presentación de proposiciones, se debe anular también la licitación realizada. De hecho, el que solo existan nueve licitadores que han ofertado es un indicio de los efectos restrictivos de la solvencia exigida, al ser un número claramente escaso si se tiene en cuenta la actual situación del mercado de edificación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial, presentado por D. Ignacio Gracia Aldaz, en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón, frente al procedimiento de licitación denominado «Redacción de Proyecto Básico y de Ejecución, Estudio de Seguridad y Salud, y Proyecto de actividad de la reforma del Palacio de Justicia de Teruel», promovido por el Instituto Aragonés de Fomento, en cuanto a la

exigencia como criterio de solvencia técnica de «Haber realizado, en los últimos cinco años, la redacción de al menos tres proyectos técnicos de edificios públicos o privados con presupuesto de ejecución material para cada uno de ellos superior a 2 000 000 €, excluido el IVA, siendo al menos uno de ellos proyecto de reforma o gran reparación», y desestimarlos en todo lo demás; anulando la licitación convocada.

SEGUNDO.- El Instituto Aragonés de Fomento deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.