



Expte.: 68/2017

ACUERDO 71/2017, de 22 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro frente a la licitación del contrato de elaboración del Proyecto Técnico y posterior ejecución de la obra de construcción de cubierto de la pista municipal de pádel, promovida por el Ayuntamiento de Buñuel.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de noviembre de 2017, el Ayuntamiento de Buñuel publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de elaboración del Proyecto Técnico y posterior ejecución de la obra de construcción de cubierto de la pista municipal de pádel de la citada localidad.

SEGUNDO:- Con fecha 15 de noviembre de 2017 doña P.L.C., en nombre y representación del Colegio de Arquitectos Vasco Navarro, interpone reclamación en materia de contratación pública, que se fundamenta en que el contrato que se licita es una contratación conjunta de redacción del Proyecto y ejecución de obra regulada en el artículo 133 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), en redacción dada al mismo por la Ley Foral 3/2013, de 25 febrero, y de acuerdo con dicha redacción y conforme a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, la contratación conjunta se restringe a los supuestos excepcionales que exijan vincular al contratista a los estudios previos a la ejecución de la obra o se trate de una obra de dimensión excepcional o de dificultades técnicas singulares que requieran soluciones adoptadas con medios y capacidad técnica de la empresa. Así mismo, señala que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) no aparecen recogidas las determinaciones que exige el apartado 3 del artículo 133 LFCP.

En consecuencia solicita que se anule la licitación impugnada.

TERCERO.- Con fecha 17 de noviembre de 2017, el Ayuntamiento de Buñuel, tras ser requerido para aportar el expediente de la licitación, remite únicamente la siguiente documentación:

- a) Certificación expedida por el Secretario de la entidad local en la que se recoge que la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 2 de noviembre de 2017, acordó aprobar el expediente de contratación conjunta de proyecto técnico y obra de cubierto de la pista municipal de pádel municipal; disponer la apertura del procedimiento de adjudicación; designar a la Mesa de Contratación que actuará en el procedimiento; ordenar la publicación del anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra y dar cuenta de la próxima ejecución de esta obra a la Dirección del Colegio Público de Buñuel.
  
- b) Informe de fecha 25 de octubre de 2015, firmado por doña L.P.F., Arquitecta Municipal, en el que se señala lo siguiente: *“Según el artículo 133 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, para realizar la contratación conjunta de proyecto y obra por parte de la administración, es necesario que se motive técnicamente la necesidad de vincular al contratista a los estudios de las obras. En el caso que nos ocupa, es necesario vincular al contratista a los estudios de las obras, ya que aunque se ha redactado una memoria valorada con las características generales de la estructura, la cimentación y los elementos de cobertura de la pista de pádel. Cada empresa dedicada a la ejecución de pistas de pádel tiene sus perfiles y tipos de cubierta, (en algunos casos hasta sistemas prefabricados), por lo que ceñirnos exclusivamente a los indicado en la memoria valorada, excluiría a empresas que no usaran los mismos perfiles de la memoria”*.

Ningún otro documento o alegación se aporta por la entidad local, ni siquiera el PCAP o la *“Memoria Valorada”* que se incluyeron en el anuncio de licitación, como ha podido comprobar este Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Buñuel, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), las decisiones que adopte la citada entidad en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la LFCP y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo de diez días naturales previsto en el artículo 210.2.a) de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

CUARTO.- El artículo 210.1 LFCP determina que la reclamación en materia de contratación pública se podrá interponer por las empresas, profesionales e interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas. Esta legitimación activa se extiende, conforme a reiterada jurisprudencia, a aquellas entidades representativas de los intereses de las personas que las conforman como asociados o miembros, de manera que no es necesario que la entidad tenga interés directo en participar en la licitación para considerarla legitimada, siendo suficiente que reclame en defensa de los intereses de sus miembros o asociados que sí puedan estar interesados, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Como ejemplo de esta reiterada jurisprudencia, la Sentencia de 5 septiembre 2011 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) señala lo siguiente:

*“(...) la legitimación sostenida por el Colegio recurrente se ve claramente apoyada por esta declaración de esa STC 45/2004, de 23 de marzo de 2004. (...) De los preceptos transcritos se deriva que, entre de las funciones propias de los colegios profesionales, se encuentran la representación y defensa de la profesión, función diferenciada de la defensa de los intereses profesionales de los colegiados. Y así, a la defensa de los intereses de los profesionales colegiados, pueden concurrir tanto los colegios profesionales, como los propios colegiados, cuando resulten individualmente afectados, y otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales; por el contrario, cuando se trata de la representación y defensa de la profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, esa función representativa y de defensa, ante los poderes públicos, se ejerce por los colegios profesionales, bajo la nota de exclusividad o monopolio (art. 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales). Desde esta perspectiva, la defensa del ámbito competencial de la profesión, constituye una manifestación genuina de la defensa de los intereses profesionales. Cuando la Sentencia impugnada construye la noción de profesión, a los efectos de su representación y defensa ante los poderes públicos por los colegios profesionales, ciñéndola a su dimensión privada o de libre ejercicio, está introduciendo una restricción no justificada desde la perspectiva constitucional. Y, por ello, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, fundada en la falta de legitimación activa del colegio profesional demandante, se revela desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva”.*

En consecuencia, el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro es persona legitimada para interponer la reclamación.

QUINTO.- El motivo de impugnación de la licitación es que se trata de una contratación conjunta de redacción del Proyecto y ejecución de la obra y que la contratación conjunta se restringe a los supuestos excepcionales que exijan vincular al contratista a los estudios previos a la ejecución de la obra o se trate de una obra de dimensión excepcional o de dificultades técnicas singulares que requieran soluciones adoptadas con medios y capacidad técnica de la empresa, cosa que no ocurre en este caso. Así mismo, el reclamante señala que en el PCAP no aparecen recogidas las

determinaciones que exige el apartado 3 del artículo 133 LFCP para la utilización de este procedimiento.

Nada responde de contrario la entidad reclamada y únicamente aporta un informe técnico previo al inicio del procedimiento de adjudicación en el que, tras reconocerse que en este tipo de contrataciones conjuntas es necesario que se motive técnicamente la necesidad de vincular al contratista a los estudios de las obras, se significa que en este caso es necesario vincular al contratista a los estudios de las obras ya que aunque se ha redactado una “*Memoria Valorada*” con las características generales de la estructura, la cimentación y los elementos de cobertura de la pista de pádel, cada empresa dedicada a la ejecución de pistas de pádel tiene sus perfiles y tipos de cubierta (en algunos casos hasta sistemas prefabricados), por lo que ceñirse exclusivamente a lo indicado en la memoria valorada, excluiría a empresas que no usaran los mismos perfiles de la memoria.

En relación con la contratación conjunta de proyecto y obra el apartado 1 del artículo 133 de la LFCP, en redacción dada por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, dispone lo siguiente:

*“En los casos de contratación conjunta de proyecto y obra, el empresario presentará el proyecto de la obra previa redacción por la Administración del correspondiente anteproyecto o documento similar. Cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, la Administración podrá limitarse a redactar las bases técnicas a las que el proyecto deba ajustarse. Estas contrataciones tendrán carácter excepcional y sólo podrá efectuarse en los siguientes supuestos: a) cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al contratista a los estudios de obras; b) cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de la empresa.”*

La redacción original del precepto era la siguiente:

*“1. En los casos de contratación conjunta de proyecto y obra, el empresario presentará el proyecto de la obra previa redacción por la Administración del correspondiente anteproyecto o documento similar. Cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público la Administración podrá limitarse a redactar las bases técnicas a las que el proyecto deba ajustarse.”*

Como ya señalamos en nuestro Acuerdo 31/2016, de 21 de junio, la redacción original de la norma fue significativamente matizada por la Ley Foral 3/2013, estableciéndose unas circunstancias de concurrencia imprescindible para la posibilidad de utilización del procedimiento, que antes no se contemplaban. Estos nuevos requisitos se incluyen en la norma mediante una enmienda, la número 13 (Boletín Oficial del Parlamento de Navarra / VIII Legislatura Núm. 1 / 2 de enero de 2013), al Proyecto de Ley Foral de modificación de la LFCP presentado ante el Parlamento de Navarra por el Gobierno de Navarra (Boletín Oficial de la Cámara, número 82, de 15 de octubre de 2012), cuyo tenor es incorporado literalmente a la norma. La justificación de la enmienda que aporta el Grupo Parlamentario que la presentó, es la siguiente:

*“La posibilidad de contratación conjunta del proyecto y la obra figura en los vigentes artículos 4 y 133 de la Ley Foral de Contratos Públicos. Este sistema elimina la concurrencia entre los arquitectos, pues es el constructor el que elige a los redactores del proyecto sin que haya una selección pública de éstos. Ello debe ser excepcional y actualmente algunos Departamentos, como el de Educación, lo han convertido en práctica habitual, siendo condenados reiteradamente por los tribunales. Se pretende clarificar en qué supuestos procede este tipo de contrataciones a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y de la doctrina de los órganos consultivos en la materia.”*

La enmienda no hace sino recoger la consolidada doctrina expresada anteriormente al respecto por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en varias ocasiones (Sentencias de 20 de octubre y 17 de noviembre de 2010, 11 de julio de 2011, 13 de febrero y 2 de julio de 2012) en relación con la utilización del procedimiento de contratación conjunta de proyecto y obra, que a continuación se expone.

Considera el Tribunal Superior que la Ley Foral 6/2006, en su anterior redacción, a diferencia de la legislación estatal (artículo 108 de la Ley 30/2007) y antes 125 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, no calificaba explícitamente de "*carácter excepcional*" la contratación administrativa conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras, que la Ley Foral autoriza y regula entre las disposiciones generales del contrato de obras, sin supeditarla a la concurrencia debidamente justificada de alguna de las circunstancias que relaciona la normativa estatal. Pero el carácter excepcional de esta modalidad contractual, corroborado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ss. 18 marzo 2008 y 14 mayo 2008), se desprende también para el Derecho público navarro del tenor de los artículos 128 y 133 de la citada Ley Foral, cuando, el primero, advierte que "*la adjudicación de un contrato de obras requerirá, salvo las excepciones previstas en esta Ley Foral, la previa elaboración, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto*", supeditando la ejecución de la obra a la aprobación y replanteo de la obra por la Administración "*en el supuesto de adjudicación conjunta de proyecto y obra*"; y el segundo, establece el procedimiento a seguir "*en los casos de contratación conjunta de proyecto y obra*". La redacción de la normativa foral, aunque de manera implícita, está indicando que estos casos constituyen "*excepciones*" a la regla general de precedencia de la aprobación del proyecto a la adjudicación del contrato de obras; y, como tales, han de responder a circunstancias asimismo excepcionales o particulares de la obra realizar, debidamente justificadas.

Ciertamente, significa el Tribunal, a diferencia de la legislación estatal, la foral de contratos públicos no relacionaba ni enunciaba estas posibles circunstancias. Ello permitía entender conferido a la Administración contratante un amplio margen en su apreciación, pero no le autorizaba a prescindir de ellas o de su justificación en el recurso a esta forma de contratación.

Considera asimismo excepcional, tanto en la legislación estatal (cfr. arts. 197.2 del Texto Refundido de 2000 y 45.2 de la Ley 30/2007), como en la foral (art. 176.2 de la Ley Foral 6/2006), la posible adjudicación conjunta a un mismo contratista de las

obras y de la dirección de su ejecución. La Ley Foral 6/2006 rechaza esta contratación, *"salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares disponga justificadamente otra cosa"*.

Pero considera el Tribunal Superior que aun haciendo abstracción de la más o menos precisa calificación legal, del carácter claramente excepcional de estas modalidades de contratación conjunta, mixta o plural, se deriva el hecho de prescindirse en ellas de las razones y garantías determinantes de la común o normal contratación sucesiva y separada o independiente de aquellas distintas prestaciones, con la consiguiente asunción de los riesgos que tratan de neutralizar. Entre las razones y garantías de referencia se encuentran las asociadas a la independencia y libertad de actuación de los técnicos, directores de obra o autores del proyecto, respecto a las empresas contratistas encargadas de su ejecución; pero también la libre concurrencia en la contratación pública que el recurso defiende, al favorecer la contratación conjunta recurrida en la adjudicación de los proyectos y en la dirección de las obras públicas a profesionales integrados en empresas constructoras o vinculados a ellas sobre los demás.

SEXTO.- A la vista de lo expuesto, para resolver la reclamación deberemos comprobar si para la utilización de este excepcional procedimiento de adjudicación de contratos se han cumplido las exigencias normativas, especialmente en lo referido a la existencia o no de motivos de orden técnico que obliguen necesariamente a vincular al contratista a los estudios de obras o a que se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de la empresa.

Como primera característica del contrato encontramos en la cláusula 3ª del PCAP, publicado en el Portal de Contratación de Navarra, que el presupuesto base de licitación *"por todos los conceptos del conjunto del objeto del contrato (proyecto y obra)"* es de 28.474,92 euros, lo que da idea de la pequeña dimensión de las obras. Decimos pequeña porque para la licitación de la ejecución de las obras contempladas en el contrato la propia LFCP ni siquiera exigiría la tramitación de un procedimiento

abierto, restringido o negociado dado que, conforme a lo previsto en el artículo 73.3.c) de la LFCP, en los contratos de obras si el valor estimado no excede de 30.000 euros, IVA excluido, como es el caso, los únicos trámites exigibles serán la previa reserva de crédito, conforme a la legislación presupuestaria aplicable, y la presentación de la correspondiente factura. Por tanto, no se trata de una obra de dimensión excepcional.

En cuanto a la existencia de dificultades técnicas singulares, este Tribunal tampoco aprecia que unas simples y ordinarias unidades de obra, como las señaladas por el PCAP y la Memoria, puedan ser consideradas técnicamente singulares.

La única posible justificación de la utilización de este procedimiento se encuentra en el ya citado informe técnico de la Arquitecta Municipal, donde se significa que en este caso es necesario vincular al contratista a los estudios de las obras ya que aunque se ha redactado una “*Memoria Valorada*” con las características generales de la estructura, la cimentación y los elementos de cobertura de la pista de pádel, cada empresa dedicada a la ejecución de pistas de pádel tiene sus perfiles y tipos de cubierta, (en algunos casos hasta sistemas prefabricados), por lo que ceñirse exclusivamente a lo indicado en la memoria valorada, excluiría a empresas que no usaran los mismos perfiles de la memoria.

Pero este Tribunal entiende que de lo dicho en este informe lo único que se puede colegir es que las características generales de la estructura, la cimentación y los elementos de cobertura de la pista de pádel incluidas en la “*Memoria Valorada*” suponen una infracción de los fundamentales principios de concurrencia e igualdad de trato (artículo 21 de la LFCP) que rigen la contratación pública pues, según la propia Arquitecta Municipal informa, “*ceñirse exclusivamente a lo indicado en la memoria valorada, excluiría a empresas que no usaran los mismos perfiles de la memoria*”. Por ello, esta discriminación en ningún caso puede servir como argumento para justificar la contratación conjunta licitada e incluso serviría, por sí sola, para anular el procedimiento de adjudicación.

Tratándose, como se trata, de un procedimiento excepcional, al que únicamente en supuestos tasados se puede recurrir (reiteramos, motivos de orden técnico que obliguen necesariamente a vincular al contratista a los estudios de obras o a que se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de la empresa), la inexistencia de la motivación normativamente requerida supone la necesidad de anular el procedimiento.

Estas contrataciones conjuntas, significa el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituyen "*excepciones*" a la regla general de precedencia de la aprobación del proyecto a la adjudicación del contrato de obras y, como tales, han de responder a circunstancias asimismo excepcionales o particulares de la obra a realizar, debidamente justificadas y del carácter claramente excepcional de estas modalidades de contratación conjunta, mixta o plural, se deriva el hecho de prescindirse en ellas de las razones y garantías determinantes de la común o normal contratación sucesiva y separada o independiente de aquellas distintas prestaciones, con la consiguiente asunción de los riesgos que tratan de neutralizar. Como significa el Tribunal Superior, entre las razones y garantías de referencia se encuentran las asociadas a la independencia y libertad de actuación de los técnicos, directores de obra o autores del proyecto, respecto a las empresas contratistas encargadas de su ejecución; pero también la libre concurrencia en la contratación pública que en este caso la reclamación defiende, al favorecer la contratación conjunta recurrida en la adjudicación de los proyectos y en la dirección de las obras públicas a profesionales integrados en empresas constructoras o vinculados a ellas sobre los demás.

SÉPTIMO.- Para finalizar, debemos desestimar el último motivo de impugnación esgrimido por el reclamante, a saber, que en el PCAP no aparecen recogidas las determinaciones que exige el apartado 3 del artículo 133 LFCP para la utilización del procedimiento de contratación conjunta de proyecto y obra, pues revisado el Pliego se comprueba que en la cláusula 4ª del mismo se recogen de forma casi literal dichas determinaciones.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

**ACUERDA:**

1º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro frente a la licitación del contrato de elaboración del Proyecto Técnico y posterior ejecución de la obra de construcción de cubierto de la pista municipal de pádel, promovida por el Ayuntamiento de Buñuel, anulando la licitación y declarando la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento.

2º. Notificar este acuerdo al Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro y al Ayuntamiento de Buñuel y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 22 de noviembre de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.