



G CONSELLERIA
O HISENDA
I I ADMINISTRACIONS
B PÚBLIQUES
/ JUNTA CONSULTIVA
CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 15/2017

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de servicios para la redacción del proyecto básico y de ejecución, estudio y coordinación de seguridad y salud, dirección de obra y documentos finales de obra de las obras de ampliación del aparcamiento del Hospital Universitario Son Espases

SSCC PA 169/2017

Servicio de Salud de las Illes Balears

Recurrente: Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 18 de julio de 2017 por el que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de servicios para la redacción del proyecto básico y de ejecución, estudio y coordinación de seguridad y salud, dirección de obra y documentos finales de obra de las obras de ampliación del aparcamiento del Hospital Universitario Son Espases

Hechos

1. El 24 de mayo de 2017, el secretario general del Servicio de Salud de las Illes Balears aprobó, por delegación, el expediente de contratación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares, y la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios para la redacción del proyecto básico y de ejecución, estudio y coordinación de seguridad y salud, dirección de obra y documentos finales de obra de las obras de ampliación del aparcamiento del Hospital Universitario Son Espases, por procedimiento abierto. El anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de las Illes Balears y en el perfil de contratante del Servicio de Salud de las Illes Balears el 27 de mayo de 2017.
2. El 6 de junio de 2017, el decano del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos presentó ante la Consejería de Salud un recurso de reposición contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que tenían que regir la licitación, y solicitó, como medida provisional, la suspensión del procedimiento de licitación. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva el 23 de junio de 2017.

3. De acuerdo con lo establecido en el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se ha dado audiencia a todos los interesados en el procedimiento.

Fundamentos de derecho

1. El artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que:

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.

En este caso queda claro que el recurso interpuesto es el recurso especial en materia de contratación.

Los actos objeto de recurso son los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, tramitado por el Servei de Salut de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Dado que se trata de un acto no susceptible del recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 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), contra el mismo puede interponerse el recurso administrativo que proceda. Este recurso, en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, es el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y tiene que resolverlo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. El recurso se fundamenta en el hecho de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de este contrato, que exigen que las empresas licitadoras dispongan entre su personal y para llevar a cabo determinadas tareas como mínimo de un arquitecto y de un arquitecto técnico, vulneran la legalidad vigente y lesionan los intereses de los ingenieros de caminos, canales y puertos, ya que también están capacitados para ejecutar el contrato.

Por todo ello, el recurrente solicita que se incluya en los pliegos la posibilidad de que los ingenieros de caminos, canales y puertos puedan participar, y que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la publicación del anuncio de licitación.

Además, solicita la suspensión del procedimiento de licitación, dados los daños y perjuicios de difícil reparación que podrían ocasionarse a los ingenieros de caminos, canales y puertos, y que concurre una de las causas de nulidad previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015.

Dado que se resuelve el fondo de la cuestión planteada, no es necesario hacer pronunciamiento alguno sobre la solicitud de suspensión.

3. El objeto del contrato es la redacción del proyecto básico y de ejecución, estudio y coordinación de seguridad y salud, dirección de obra y documentos finales de obra de las obras de ampliación del aparcamiento del Hospital Universitario Son Espases.

El pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato objeto del recurso dispone, en el apartado relativo a la solvencia del adjudicatario, lo siguiente:

F.5 CONCRECIÓN DE LAS CONDICIONES DE SOLVENCIA

Además de la solvencia indicada, se exige la adscripción a la ejecución del contrato, como mínimo, de los medios personales y/o materiales siguientes:

Un arquitecto y un arquitecto técnico, todos ellos con titulación habilitante en España, que tendrán la obligación de asistir como mínimo a una visita semanal durante todo el plazo de ejecución en días laborables y entre las 9:00 y las 13:00h. La ausencia de uno o varios integrantes del equipo de dirección de obra podrá dar lugar a la aplicación de las penalidades previstas, de conformidad con el anexo III

El pliego de prescripciones técnicas del contrato, en el apartado 1.2, bajo el epígrafe "Dirección de obra y Coordinación de Seguridad y Salud", establece:

El adjudicatario del presente contrato ejercerá las tareas de dirección de obra, dirección de ejecución si es requerida y coordinación de seguridad y salud, poniendo a disposición como mínimo un arquitecto y un arquitecto técnico, todos ellos con titulación habilitante en España. Los mismos tendrán la obligación de asistir como mínimo a una visita semanal, durante todo el plazo de ejecución.

4. La directiva 2014/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, enumera una serie de principios en el considerando 1, en los términos siguientes:

La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia.

Además, el artículo 18 de la Directiva, relativo a los principios de adjudicación de contratos, dispone que:

Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

En el marco de la doctrina comunitaria europea, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público reconoce que la normativa de contratación se fundamenta en el respeto de los principios generales de la contratación pública. Así, el artículo 1 establece que:

Esta Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que 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, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Por tanto, los principios comunitarios de igualdad de trato, no discriminación y libre competencia, entre otros, deben informar a la contratación pública.

En consecuencia, los órganos de contratación deben actuar de manera que durante el procedimiento de contratación y en la fijación de los criterios y requisitos previos no se produzca ninguna discriminación. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el respeto del principio de igualdad de trato implica que deben fijarse condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica y también que las autoridades públicas deben adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de esta actividad. El principio de libre competencia, como las libertades de circulación, de establecimiento y de prestación de servicios, tienen como finalidad garantizar el funcionamiento de una economía de mercado, y, por tanto, el mercado de la contratación pública debe velar por cumplimiento real de estas libertades comunitarias.

5. La jurisprudencia ha examinado, en varias ocasiones, las competencias de los arquitectos y de los ingenieros de caminos, canales y puertos y la posibilidad de exigir que la ejecución de un determinado contrato se lleve a cabo por uno de estos colectivos profesionales.

A continuación, se reproducen varios extractos de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 15 de febrero de 2008 (procedimiento 90/2008), que contiene una recopilación de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo. Hay que destacar los fundamentos jurídicos séptimo, octavo, noveno y décimo, con la siguiente redacción:

SÉPTIMO.- También y para un mejor esclarecimiento de tales atribuciones es preciso recoger el criterio que ha venido aplicando el T.S., el cual como veremos ha venido analizando caso por caso, verificando en cada supuesto enjuiciado si el técnico que en ese momento intervenía tenía competencia y habilitación legal para redactar y firmar el correspondiente proyecto, sin en que ningún caso, pese a los principios que se infiere de dicha Jurisprudencia, se haya pronunciado en términos generales sobre las competencias que corresponde a los arquitectos, las que corresponden a los arquitectos técnicos, las que corresponden a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y las que corresponden a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas; tampoco se ha pronunciado sobre el deslinde de competencias de cada uno de estos profesionales. Pero en todo caso, sí resulta muy esclarecedora la jurisprudencia pronunciada al respecto, y sobre la cual nos vamos a centrar en este fundamento de derecho, y ello con el propósito de encontrar los principios, las



pautas y criterios legales y jurisprudenciales que nos ayuden a resolver el caso de autos.

A este respecto, señala la STS, Sala 3ª, sec. 4 de fecha 16.2.2005, dictada en el recurso de casación nº 1318/2001, lo siguiente:

“La realidad es que el sentido de la jurisprudencia de este Tribunal viene inclinándose a favor de la consideración de que ha de rechazarse el criterio del monopolio competencial a favor de una profesión técnica determinada, permitiendo la intervención a toda profesión titulada que otorgue el nivel de conocimientos técnicos necesarios para la realización de la obra de que se trate, aunque esta conclusión no se oponga a la reserva legal específicamente establecida a favor de determinadas titulaciones técnicas, o de lo que en determinados supuestos pueda ser exigible para dicha realización, con la consiguiente exclusividad “de facto” que ello supone. Este criterio se ha mantenido reiterada y unánime a partir sobre todo de la Sentencia de este Tribunal de 15 de octubre de 1.990, en la que se desestima la impugnación de determinados artículos del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, instada por el Ilustre Colegio Oficial de Geólogos de España, argumentando que no procede suprimir la referencia al “técnico competente” contenida en el artículo 106.2.a) -con relación a los proyectos de concesión de aguas superficiales- precisamente porque de dicha expresión no cabía deducir que se atribuyese una competencia exclusiva a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos -siquiera hubiera de considerárseles especialmente calificados en materia de aguas-, ni tampoco a ningún otro profesional titulado. Y ha sido ratificado últimamente en Sentencia de 6 de julio de 2.004.
[...]

En la misma línea se pronuncia la STS, Sala 3ª, Sec. 5, de fecha 25.1.2006, dictada en el recurso de casación núm. 6153/2002 cuando esgrime lo siguiente:

Pues bien, en un conflicto similar al de autos, con intervención de los mismos Colegios Profesionales litigantes y en relación, también, con un Proyecto de urbanización señalamos, en nuestra STS de 30 de noviembre de 2001 para rechazar un motivo similar al ahora suscitado que:

“es ya muy reiterada la doctrina de esta Sala, de que, efectivamente, no existe monopolio alguno para la formalización y ejecución de proyectos de las diversas modalidades de construcciones -salvo la vivienda humana- a favor de una profesión de determinada. Tal competencia no está atribuida en exclusiva a nadie, estableciendo las sucesivas reglamentaciones, competencias concurrentes sin exacta precisión en su delimitación y alcance.

Esta Sala ha venido siendo rotunda en rechazar el monopolio competencial a favor de una específica profesión técnica, reconociendo la posible competencia a todo título facultativo legalmente reconocido como tal, siempre que integre un nivel de conocimientos técnicos correspondiente a la naturaleza y envergadura de los proyectos realizados sobre la materia atinente a su especialidad, dependiendo la competencia de cada rama de Ingeniería, de la capacidad técnica real conforme a los estudios emanados de su titulación para el desempeño de las funciones propias de la misma, no apreciando duda alguna de que dada la naturaleza y finalidad de un proyecto de urbanización como el aquí cuestionado, la competencia para su redacción y ejecución puede corresponder a los Ingenieros Superiores de Caminos, Canales y Puertos, y a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, en función de la envergadura del proyecto, a calificar en cada caso concreto, para asignar la atribución competencial pertinente, cuestión normalmente difícil de precisar, al no existir criterios legales claramente establecidos que permitan delimitar con precisión la línea divisoria de los respectivos campos competenciales, que por ello no puede ser otra, tan inconcreta como indeterminada de modo general, que la relativa a la importancia y envergadura del proyecto a realizar”.
[...]

A un caso similar al de autos, y sobre la competencia y capacidad de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos se refiere la STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, de fecha 11.6.2001, dictada en el recurso de casación núm. 8879/1996, en los siguientes términos:



“El motivo sexto, y último, combate el pronunciamiento de la sentencia en el que se reconoce la competencia profesional de un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos para redactar el proyecto. La doctrina de la sentencia recurrida es conforme a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 4 de marzo de 1992, 20 de marzo de 1991 y 21 de octubre de 1987) que viene reconociendo que la competencia en cada rama de la ingeniería superior depende de la capacidad técnica real para el desempeño de las funciones propias de la misma, sin que exista un monopolio de dicha competencia a alguna determinada profesión, quedando abierta la entrada a todo título facultativo que ampare un nivel de conocimientos que se corresponda con la clase y categoría de los proyectos que suscribe su poseedor. [...]”

Respecto a la competencia de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y de los arquitectos se refiere en los siguientes términos la STS, Sala 3, Sec. 4ª, de fecha 18.1.1996, dictada en el recurso 1265/1993:

“Por el contrario la cuestión debe circunscribirse al examen de la competencia de unos y otros profesionales, los Ingenieros de Caminos y los Arquitectos, a estudiar a la vista de la pretendida contravención por la Sentencia del Reglamento de 23 de noviembre de 1956, si bien la Sala no ha de limitarse a la argumentación del recurrente sino que ha de pronunciarse también respecto a los Fundamentos de Derecho de la Sentencia impugnada y sobre todo respecto a las alegaciones de las partes recurridas por respeto al artículo 43.1 de la Ley Jurisdiccional.

Entrando, pues en el estudio de este problema deben destacarse dos extremos. De una parte que, como se ha dicho antes, el Tribunal *a quo* no niega la competencia profesional para este tipo de obras [el encauzamiento de un barranco levantando un muro de hormigón en ambas márgenes, ampliando en unos centímetros el camino que discurre junto a una de ellas, y revistiendo de material algunas partes del fondo del lecho del barranco] de los Ingenieros de Caminos, sino que por el contrario la afirma expresamente aunque manteniendo que no es de carácter exclusivo. De otra que la Sala comparte el criterio del Tribunal *a quo*, ya mantenido en nuestras Sentencias de 20 de marzo y 5 de junio de 1991, de que puede existir legítimamente una competencia concurrente entre profesionales salvo cuando la de un tipo de ellos tenga una competencia declarada exclusiva. Igualmente comparte la Sala el punto de vista de que el Reglamento de 23 de noviembre de 1956 no hace una declaración expresa de la competencia exclusiva de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos para proyectar y dirigir obras de este tipo. Ahora bien, entiende la Sala que debe trascenderse la construcción lógica de la Sentencia en el sentido de que si no hay una declaración legal de *expresis verbis* de la exclusividad ello supone una competencia concurrente. Pues el carácter exclusivo no se desprende sólo de la dicción literal de las normas sino además del obligado enjuiciamiento del carácter de las obras a proyectar y dirigir en relación con el contenido de las respectivas especialidades.

Por ello, contraponiendo la declaración de la Sentencia de que los Arquitectos pueden proyectar obras civiles a tenor de la Orden de 1846 y las afirmaciones del recurrente se llega a la conclusión, en una interpretación teleológica y sistemática, de que según dicho Reglamento la proyección y dirección de obras de encauzamiento de aguas continuas o discontinuas es una competencia típica de los Ingenieros de Caminos, mientras que de ningún modo supone tal tipicidad y especificidad la alusión genérica que contiene la normativa manejada a las obras civiles que pueden proyectar y dirigir los Arquitectos.

De este modo el carácter exclusivo de la competencia se obtiene como conclusión, no a partir de una declaración expresa que ciertamente tras la promulgación de la Constitución debería hacerse por Ley, sino de una indagación y un examen exegético del contenido y finalidad de la normativa reguladora de las profesiones y especialidades. (...)”.

Por otro lado, la STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de fecha 22.11.2000, dictada en el recurso 7175/1995, reconoce la competencia exclusiva de los arquitectos frente a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos para la elaboración del proyecto para Museo-Auditorio-Sala de Exposiciones, ofreciendo al respecto la siguiente fundamentación jurídica:

“La Sala de instancia aplica correctamente la reiterada doctrina de esta Sala que, en la delimitación de facultades conferidas a los Arquitectos e Ingenieros para la redacción de proyectos de construcción de edificios, ha declarado que los primeros son los técnicos con competencia general para la de toda clase de edificios, con atribución exclusiva en los destinados a servir de vivienda humana, sea la misma permanente u ocasional, o a albergar concentraciones de personas, mientras que la competencia de los Ingenieros en materia de edificación se encuentra limitada a los edificios industriales y a sus anejos y, en consecuencia, anula la licencia concedida por referirse a un edificio destinado a auditorio, museo, sala de exposiciones. La jurisprudencia invocada por la parte recurrente, contraria a un rígido principio de monopolio en la atribución de competencias profesionales a los distintos técnicos superiores, no es contraria a la solución adoptada por la Sala de instancia, que en el supuesto concreto presentado en este proceso ha decidido que la competencia para redactar el correspondiente proyecto corresponde a un Arquitecto.”

Respecto a la falta de competencia de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos para la redacción de un proyecto para la construcción de un Centro Cívico Social se refiere la STS, Sala 3ª, sec. 3ª de 18.10.00, dictada en el recurso núm. 3954/00, en los siguientes términos:

“El motivo de casación basado en la infracción del art. 1º del Decreto de 23 de noviembre de 1956, podría rechazarse de plano al no venir suficientemente desarrollado por referirse a otro recurso de casación que ha sido declarado desierto, pero ello no obstante, esta Sala en aras de un mayor cumplimiento del principio constitucional de tutela judicial efectiva, entra en el fondo del mismo, aunque sea para rechazarlo, dado el art. 1º del Decreto de 23 de noviembre de 1956 que determina las competencias de los Ingenieros de Caminos, que la sentencia de instancia examina con todo detalle y con todo acierto, teniendo en cuenta que la obra sobre la que recayó el visado del Colegio Oficial de Ingenieros el 17 de mayo de 1990, lo era para la obra de rehabilitación de las casas sitas en la calle de la Iglesia núm. 18 y 20 de La Granja de la Costera, para su utilización como Centro Cívico Social, con demolición del edificio conservando la fachada, construcción y cimentación de tres plantas dedicadas a un Centro Cívico Social con sala de exposiciones y conciertos, de bandas de música, llega a la acertada conclusión de que dicha obra no es subsumible en ninguno de los tipos de obra a que se refieren las especialidades del Decreto de 23 de noviembre de 1956, y menos en su apartado 7º que se refiere a obras de carácter análogo al de los citados en los apartados anteriores, que se refieren a 1º) caminos públicos, 2º) ferrocarriles, 3º) puertos, 4º) canales de navegación, 5º) instalaciones y servicios eléctricos del Ministerio de Obras Públicas, 6º) servicios de transporte; es decir, todas las obras específica de la ingeniería de Caminos, Canales y Puertos, en las que de ninguna forma pueden incluirse un edificio de la 3 plantas para Centro Cívico Social de los vecinos de un pueblo, que es una obra típica de la competencia de un arquitecto y todo ello sin perjuicio de la jurisprudencia que cita el recurrente para supuestos de competencia compartida por diversos profesionales que posean un título que comporte un nivel de conocimientos que se correspondan con la obra y cualquiera de los proyectos, sentencias dictadas para casos muy diferentes del que se contempla en el caso de autos, por referirse siempre a proyectos complejos de los que se entremezclan las competencias de varios técnicos, pero nunca aplicable a un supuesto tan elemental como el presente en el que no cuentan para nada los especiales conocimientos de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Procede pues, desestimar ambos motivos de casación examinados conjuntamente y con ello la desestimación total del recurso de casación”.

OCTAVO.- Haciendo aplicación al caso de autos de lo dispuesto en los artículos trascritos de la Ley 38/1999 así como de los principios que resultan de la jurisprudencia trascrita, concretamente de los siguientes principios: así del rechazo del monopolio competencial a favor de una determinada profesión técnica si no está legalmente reconocida de forma expresa y explícita su intervención exclusiva, permitiendo la intervención a toda profesión titulada que tenga nivel de conocimientos técnicos necesarios para la realización del proyecto o de la obra de que se trate; de la preferencia del principio de libertad con idoneidad y con capacidad técnica real para el desempeño de las funciones propias de la misma frente al principio de exclusividad; y de la preferencia del principio de competencia concurrente frente al de competencia exclusiva; haciendo aplicación de dicha normativa, de referida jurisprudencia y de mencionados principios no ofrece

ninguna duda que tanto desde el punto de vista legal como desde el punto de vista jurisprudencial la profesión y titulación (respecto de la que se formula la expresa petición en el presente recurso) de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos tiene competencia o están habilitados legalmente, según resulta de los preceptos transcritos de la Ley 38/1999, para ser proyectista, para ser director de obra, para ser director de ejecución de obra y para ser coordinador de seguridad y salud tanto del proyecto como de las obras de edificación que son objeto tanto del concurso como del contrato objeto de licitación a que se refiere el procedimiento de autos, y ello simple y llanamente porque nos encontramos ante un proyecto que se refiere a unas obras cuyo uso principal no es ni puede ser el uso administrativo, sanitario, religioso, residencia, docente y cultural (para los cuales legalmente se reconoce la exclusividad del arquitecto), sino que su uso será preferentemente industrial, así como relativo al transporte terrestre como resulta del hecho de que dicho proyecto se refiera a unas obras que integran un complejo que van a constituir las nuevas instalaciones del Servicio Municipalizado de Autobuses Urbanos de Burgos. Resulta evidente a la vista de dicha normativa que la Ley 38/1999 no establece para el proyecto y la obra edificatoria de autos una reserva competencial a la titulación de arquitecto, sino que para dicho proyecto por el uso principal al que se va a destinar las obras a proyectar, y que no es el administrativo como erróneamente postula el Ayuntamiento demandado, se reconoce la competencia concurrente de otras titulaciones académicas y profesionales habilitantes con capacidad técnica suficiente, como es el caso de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.

Tras reconocerse legalmente en el presente caso esa competencia concurrente para los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, se trata seguidamente de dilucidar si dicha titulación académica y profesión tiene capacidad técnica real para el desempeño de las funciones que conlleva el proyecto sometido a licitación y que conlleva las obras a las que se refiere mencionado proyecto. Para la Sala, vistos el contenido del proyecto, la naturaleza, contenido, finalidad y uso de las obras a realizar y puestos en relación el objeto del concurso y del contrato sometido a licitación con las competencias que se reconocen a dichos Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos tanto en la LOE como en el Decreto 23 de noviembre de 1.956 (que determina sus propias competencias), con el conjunto de la normativa académica que acreditan la formación técnica y académica de estos profesionales (y que aparece incorporada a los autos durante el período probatorio y que igualmente es reseñada por la parte apelante en el recurso de apelación) necesariamente se ha de concluir reconociendo sin ningún género de duda en el presente caso y para el concurso y contrato de autos competencia legal así como capacidad técnica y conocimientos académicos y profesionales suficientes, bastantes y adecuados para poder ser destinatarios como licitadores del concurso de autos, reservado a la titulación de “arquitectos”. [...]

NOVENO.-

[...]

No conviene olvidar que la unificación del régimen de la contratación pública tiene una sólida base comunitaria sustentada en los principios fundamentales del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea con la subsiguiente coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios mediante la Directiva 92/50/CEE, del Consejo de 18 de junio de 1992, derogada en lo esencial por la más reciente Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Igualdad, ausencia de discriminación y libre concurrencia (art. 11 TRLCAP) son esenciales para garantizar la transparencia en la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa.

Resulta evidente que los rasgos más destacados del Derecho Comunitario de la Contratación Pública ya reconocidos en la Directiva 93/36 CEE, de 14 de junio, Directiva 93/37 de 14 de junio, en la Directiva 93/38 de la misma fecha, en las Directivas 89/665 y 92/13 y en la directiva 92/50, que recogen un amplio elenco de medidas tanto sustantivas como procedimentales para asegurar la no discriminación de las empresas y garantizar la publicidad de los contratos públicos, han sido trasladados al TRLCAP, como así lo viene a reconocer la sentencia transcrita y como así resulta de la lectura de mencionada normativa. Del traslado de dichas Directivas al derecho de contratación administrativa resultan las siguientes premisas: que se restringe la posibilidad de procedimientos en los que no existe



libre concurrencia, que pasan a ser rigurosamente procedimientos excepcionales; que la adjudicación del contrato sólo puede hacerse por criterios objetivos, aunque ello no impide a la Administración contratante, al aprobar los pliegos de condiciones, establecer criterios muy variados para seleccionar al mejor contratista, siempre y cuando tales criterios tengan un contenido objetivo y no impliquen en sí mismos discriminación entre empresas; que debe garantizarse que los criterios de adjudicación deben figurar no solo en los pliegos de condiciones sino también en los anuncios de contratos; que la Jurisprudencia del Tribunal de Instancia al interpretar tales directivas recoge reiteradamente el criterio de la interpretación restrictiva de las normas comunitarias que establecen excepciones a los principios de publicidad y libre concurrencia, de tal modo que la carga de la prueba de que existen realmente circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiere beneficiarse de ella o también a quien la aplica (STJCE de 10.3.1987, Comisión contra Italia 71/305).

DÉCIMO.- Aplicando tales criterios legales y jurisprudenciales al caso de autos, la Sala concluye en este extremo afirmando que procede estimar el recurso por cuanto que se considera que al excluir de la licitación en el concurso y contrato de autos a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos infringe claramente el tantas veces citado art. 11.1 al lesionar los principios de libertad de concurrencia, de igualdad y de no discriminación, ya que si de conformidad con lo ya argumentado en los anteriores fundamentos de derecho y de conformidad con lo establecido en los arts. 11.2, 15.1, 19 y 197, todos del TRLCAP también, al igual que en los arquitectos, en los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos concurren los requisitos de capacidad y solvencia técnica, así como la compatibilidad reseñada en el citado art. 197 y pese a ello no se permite la licitación de tales titulados no ofrece ninguna duda a la Sala que se están restringiendo de forma infundada e injustificada y sin concurrir datos objetivos tales principios.

Y para corroborar que se produce esa infracción es preciso recordar que según el art. 1.3 de la LOE 38/1999 cuando las Administraciones Públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y en lo no dispuesto en la misma por las disposiciones de dicha Ley; y siendo así las cosas venimos reiterando que el TRLCAP impone que los contratos de las Administraciones Públicas se ajustaran a los principios de libertad de concurrencia (salvo excepciones que se prevean en dicha Ley) de igualdad y de no discriminación. Por otro lado, los arts. 196, 197 y 206 de TRCAP no autorizan ni justifican la discrecionalidad que la Administración dice haber utilizado en el presente caso para permitir solo la licitación en el concurso del "arquitecto" colegiado, toda vez que esa elección o discriminación no responde a criterios legales y menos aún a criterios objetivos; la Administración (folio 118 del expediente) insiste en que en atención a la discrecionalidad que le permite el art. 206.12 del TRLCAP se ha decantado en atención al objeto del concurso por los arquitectos, excluyendo a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Sin embargo no puede hablarse del ejercicio de una facultad discrecional ajustada a derecho cuando esa opción que verifica la Administración atenta contra los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación por cuanto que excluye del concurso a unos titulados y profesionales con capacidad técnica y académica reconocida tanto legal y reglamentariamente como jurisprudencialmente para poder ser licitadores del mencionado concurso dado y en igualdad de condiciones que a los arquitectos a los cuales en el presente caso la Ley no les reconoce una competencia exclusiva ni preferente, como ya hemos indicado. Es decir que si tanto a los arquitectos como a los ingenieros de caminos, canales y puertos se les exige los mismos requisitos de capacidad técnica, habilitación legal y compatibilidad para poder ser destinatarios del concurso y contrato de autos, y además en ambos titulados concurren tales requisitos, la exclusión de uno a favor de los otros implica una clara discriminación y atentado a los principios de libertad de concurrencia e igualdad, principios, que según el art.11.1 del TRLCAP rigen a modo de principios rectores en la contratación administrativa. Por otro lado, sería más entendible la discrecionalidad de la Administración a la hora de establecer los criterios objetivos en el pliego de condiciones que permitan elegir al mejor contratista, es decir al contratista con mejor y más capacidad y solvencia, pero no parece que en el presente caso estemos ante una discrecionalidad ejercitada con arreglo a derecho cuando de la licitación se excluye no a unos determinados contratistas, sino a todos los técnicos o profesionales con una determinada titulación académica, sobre todo cuando a estos titulados tanto legal y



reglamentariamente como su propia titulación les reconoce la capacidad y solvencia técnica para poder ser destinatarios y eventuales licitadores de referido concurso y contrato.

Por ello, en este caso no ofrece ninguna duda que la exclusión de la condición de licitadores de los “ingenieros de caminos, canales y Puertos” no puede ser entendido como un ejercicio legítima de una facultad discrecional de la Administración sino del ejercicio de una facultad administrativa que contraviene los principios de libre concurrencia, igualdad, y no discriminación, lo que en aplicación del art. 62.a) del TRLCAP en relación con el art. 62.1.a) de la Ley 30/1992 determina que el concurso objeto de licitación en el presente caso sea nulo por cuanto que al excluir a los ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de la posibilidad de ser contratistas o licitadores, se está lesionando derechos y libertades de amparo constitucional, como es el principio de igualdad y no discriminación que en el presente caso y respecto del presente concurso asiste a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, al igual que dicho derecho también asiste a los arquitectos, únicos contratistas a los que se dirige la Administración demandada.

Cabe destacar, como conclusión del conjunto de argumentaciones de esta jurisprudencia, que tan sólo es posible exigir una determinada profesión técnica al adjudicatario de un contrato si una norma con rango de ley reconoce expresamente y explícitamente su intervención exclusiva, y que, por el contrario, en caso de que no exista esta exclusividad, debe permitirse la intervención de toda profesión titulada que tenga el nivel de conocimientos técnicos necesarios para llevar a cabo la prestación de que se trate, es decir, que tenga capacidad técnica real y conocimientos académicos y profesionales suficientes y adecuados para ejercer estas funciones. Así, el principio de exclusividad debe ceder, en su caso, frente al principio de capacidad técnica real para ejercer las funciones.

El artículo 78 del TRLCSP establece que la solvencia técnica o profesional de los empresarios en los contratos de servicios se apreciará teniendo en cuenta los conocimientos técnicos, la eficacia, la experiencia y la fiabilidad. Por tanto, son estos los criterios que deben utilizarse.

6. El artículo 1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, dispone, en el apartado 1, que tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, establecer las obligaciones y las responsabilidades de los agentes que intervienen en este proceso, así como las garantías necesarias para su desarrollo adecuado.

El apartado 3 de este artículo establece que cuando las administraciones públicas y los organismos y las entidades sujetas a la normativa en materia de contratación actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en esta normativa y en lo que no prevé, por las disposiciones de esta Ley, salvo lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria.

El artículo 2 de la Ley define el ámbito de aplicación en los siguientes términos:

1. Esta ley es aplicable al proceso de la edificación, entendido como la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, el uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente mencionados en los grupos anteriores.

2. Tienen la consideración de edificación a efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requieren un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

a) Obras de edificación de nueva construcción, salvo las construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y sean de una sola planta.

b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre que alteren la configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada por medio de una norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o las partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio

El artículo 10 establece, en el apartado 2, las obligaciones del proyectista y, en cuanto a la titulación académica, dispone lo siguiente:

a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico redactor del proyecto que tenga la titulación profesional habilitante.

Cuando el proyecto tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto.

Cuando el proyecto tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo b) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante, con carácter general, es la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto, y la determinan las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con las respectivas especialidades y competencias específicas.

Cuando el proyecto tenga por objeto la construcción de edificios comprendidos en el grupo c) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, y la determinan las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con las respectivas especialidades y competencias específicas.

Idénticos criterios se seguirán respecto a los proyectos de obras a que se refieren los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 2 de esta Ley.

En todo caso, y para todos los grupos, en los aspectos concretos correspondientes a sus especialidades y competencias específicas, y en particular con respecto a los elementos complementarios a que se refiere el apartado 3 del artículo 2, también pueden intervenir otros técnicos titulados del ámbito de la arquitectura y de la ingeniería, suscribiendo los trabajos que han llevado a cabo ellos y que ha coordinado el proyectista. Estas intervenciones especializadas serán preceptivas si así lo establece la disposición legal reguladora del sector de actividad de que se trate.



[...]

El artículo 12 establece, en el apartado 3, las obligaciones del director de obra y, en cuanto a la titulación académica, establece lo siguiente:

a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional que habilita como arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En el caso de personas jurídicas, designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante.

En el caso de la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto.

Cuando las obras tengan por objeto la construcción de las edificaciones indicadas en el grupo b) del apartado 1 del artículo 2, la titulación habilitante, con carácter general, es la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto, y la determinan las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas.

Cuando las obras tengan por objeto la construcción de las edificaciones indicadas en el grupo c) del apartado 1 del artículo 2, la titulación habilitante será la de arquitecto, ingeniero o ingeniero técnico, y la determinan las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas.

Idénticos criterios se seguirán respecto a las obras a que se refieren los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 2 de esta Ley.
[...]

El artículo 13 establece, en el apartado 2, las obligaciones del director de ejecución de la obra y, en cuanto a la titulación académica, dispone lo siguiente:

a) Tener la titulación académica y profesional habilitante y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante.

Cuando las obras tengan por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto técnico. Asimismo, esta es la titulación habilitante para las obras del grupo b) que sean dirigidas por arquitectos.

En los demás casos la dirección de la ejecución de la obra puede ser ejercida, indistintamente, por profesionales con la titulación de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico.

La disposición adicional cuarta, relativa al coordinador de seguridad y salud, señala que:

Las titulaciones académicas y profesionales que habilitan para ejercer la función de coordinador de seguridad y salud en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, son las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades.

De acuerdo con esta normativa, los arquitectos tienen la competencia exclusiva para redactar los proyectos de obras y dirigir las obras de las edificaciones para los usos a que se refiere el artículo 2.1 a) de la Ley 38/1999 (administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus

formas, docente y cultural). Para el resto de las edificaciones, la competencia es compartida entre arquitectos e ingenieros en función de las respectivas especialidades y competencias específicas.

En este caso, el objeto del contrato hace referencia a las obras de ampliación del aparcamiento del Hospital Universitario Son Espases. Aunque el aparcamiento forma parte de una edificación de uso sanitario, este uso no puede extenderse al aparcamiento —que más bien presta un servicio complementario—, y, por tanto, dado que estas obras no se han destinado a ninguno de los usos a que se refiere el artículo 2.1 a de la Ley 38/1999, debe considerarse que los arquitectos no tienen la competencia exclusiva para proyectar y dirigir estas obras, sino que la comparten con los ingenieros.

En consecuencia, debe abrirse la participación en el procedimiento de licitación a los profesionales de las diferentes especialidades de ingeniería en función de las competencias específicas de cada una de las especialidades que acrediten un nivel de conocimientos técnicos idóneo para ejecutar el contrato.

Por todo ello, y teniendo en cuenta que tanto la elaboración de proyectos como la dirección y la coordinación de seguridad y salud de la obra de ampliación de un aparcamiento no se encuentra reservada expresa y explícitamente a los arquitectos, debe considerarse que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato no se ajustan a derecho, porque circunscriben a los arquitectos la posibilidad de participar en la ejecución del contrato, y de esta manera, infringen los principios comunitarios de libre concurrencia, de igualdad de trato y no discriminación que deben presidir la contratación pública.

7. El artículo 31 del TRLCSP dispone que:

Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes.

Después de enumerar las causas de nulidad en el artículo 32, el artículo 33 dispone que:

Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [actualmente, artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas].

El artículo 47.1 de la Ley 39/2015 recoge, entre las causas de nulidad de los actos administrativos, la siguiente:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

En consecuencia, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que regirán el contrato incurren en una causa de nulidad por infracción del artículo 14 de la Constitución española y no se ajustan a derecho, para que infringen los principios de igualdad, libre concurrencia y no discriminación que deben presidir la contratación pública. Por tanto, esta Resolución está afectada por una causa de invalidez.

Por todo ello, dicto el siguiente:

Acuerdo

1. Estimar el recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de servicios para la redacción del proyecto básico y de ejecución, estudio y coordinación de seguridad y salud, dirección de obra y documentos finales de obra de las obras de ampliación del aparcamiento del Hospital Universitario Son Espases y, en consecuencia, anular los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato.
2. Retrotraer las actuaciones administrativas al momento de elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que regirán el contrato.
3. Notificar este Acuerdo a los interesados y al Servicio de Salud de las Illes Balears

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquél en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 a y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.