



CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES Y EL PROCEDIMIENTO EXCEPCIONAL DE CONTRATACIÓN CONJUNTA

De conformidad con lo tratado en la Asamblea General de la Corporación celebrada el pasado 11 de mayo, se pone a disposición del Colegio que lo estime oportuno el siguiente informe elaborado por la Asesoría Jurídica del Consejo General de la Arquitectura Técnica, el cual analiza la contratación del sector público y, en concreto, la división de los contratos en lotes y los procedimientos de contratación conjunta en el ámbito de la Arquitectura Técnica.

I. Introducción

Con la aprobación de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la Unión Europea daba por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, con el objetivo de facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en este ámbito de contratación.

De hecho, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP) introdujo, entre las medidas de apoyo a PYMES, de simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas, una nueva regulación de la división en lotes de los contratos. **Con esta nueva regulación se vino a consolidar la regla general de división del contrato en lotes, siendo excepcional su contratación conjunta lo que, según el preámbulo de la LCSP, facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas.**

Con el marco legal vigente, **la división del contrato en lotes pasa a ser necesaria “siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan”**. Veamos:

Artículo 99. Objeto del contrato.

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



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

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

*a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el **riesgo de restringir injustificadamente la competencia**. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.*

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

Como vemos, el legislador ha previsto que, con carácter general, **deberá preverse la realización independiente de cada una de las partes del contrato mediante su división en lotes siempre que la naturaleza o el objeto de este lo permitan, y solo se podrá apartar la Administración de ese criterio justificando esta circunstancia en el expediente** conforme a los motivos contemplados en los epígrafes a) y b) del apartado 3 del artículo 99 LCSP.

En este sentido, hemos de destacar que, aunque el anterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público preveía la realización independiente de cada una de las partes del contrato mediante su división en lotes, esta posibilidad se recogía como una opción (“podrá”, art. 86 RDL 3/2011) y no como una obligación (“deberá”) como establece la actual ley.

Sentado lo anterior, conviene tener presente que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 7 del citado artículo 99, el criterio general es que, en los contratos adjudicados por lotes, cada lote constituirá un contrato.



No obstante, siendo, obligatoria la división en lotes salvo concretas excepciones que, como veremos, deben ser motivadas, y siendo el criterio general que cada lote constituye un contrato, no podemos dejar de hacer mención a lo dispuesto por el artículo 183.2.a) de la LCSP respecto a las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos:

“Artículo 183. Ámbito de aplicación.

El contrato de servicios que resulte del concurso de proyectos además también podrá tener por objeto la dirección facultativa de las obras correspondientes, siempre y cuando así se indique en el anuncio de licitación del concurso.”

A pesar de que tal precepto también se debe ver afectado por el criterio general de excepcionalidad de la contratación conjunta, lo cierto es que su redacción no permite descartar que la Administración contratante tienda a considerar no divisibles los contratos que tengan por objeto la realización de los proyectos de obras y dirección facultativa, máxime teniendo en cuenta que la propia LCSP permite expresamente la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y de la ejecución de las obras, eso sí, con carácter excepcional, en los siguientes supuestos:

Artículo 234. Presentación del proyecto por el empresario.

1. La contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y solo podrá efectuarse en los siguientes supuestos cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente:

a) Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra.

b) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas.

2. En todo caso, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente anteproyecto o documento similar y solo, cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse (...)



La contratación conjunta de estas prestaciones ya venía siendo una práctica habitual con el anterior Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Veamos qué establecía al respecto el mismo:

Artículo 125. Presentación del proyecto por el empresario.

1. La contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y sólo podrá aplicarse en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el sistema constructivo pudiera resultar determinante de las características esenciales del proyecto.*
- b) Cuando las características de las obras permitan anticipar diversos tratamientos de trazado, diseño y presupuesto (...)*

Asimismo, la posterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la misma línea, preveía lo siguiente:

Artículo 108. Presentación del proyecto por el empresario.

1. La contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y solo podrá efectuarse en los siguientes supuestos cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente:

- a) Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra.*
- b) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas (...)*

En el mismo sentido se pronunciaba el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 124.

No obstante, como veremos más adelante, la utilización de esta posibilidad excepcional de contratación conjunta vigente hoy en día ha sido cuestionada en ocasiones por la doctrina y los órganos consultivos y de control, pues en determinados supuestos, además de contravenir lo dispuesto en las directivas europeas 2014/23/UE y 2014/24/UE sobre contratación pública, puede llegar a suponer una vulneración del derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución y una vulneración del principio de libre concurrencia.



Por otra parte, cabe indicar que esta excepcionalidad para llevar a cabo la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y de la ejecución de las obras no solo se recoge en la normativa estatal, sino que también tiene reflejo en la normativa autonómica. A modo de ejemplo, y dada la especificidad de la norma en el concreto ámbito de la arquitectura, traemos a colación lo dispuesto por la Ley 12/2017, de 6 de julio, de la Arquitectura de Cataluña, en su art. 20:

“Artículo 20. Especificidades de la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, y de la concesión de la construcción y explotación de obra del proceso arquitectónico.

- 1. La contratación conjunta de redacción del proyecto y ejecución de la obra tiene carácter excepcional y únicamente se puede admitir en los supuestos establecidos por la legislación de contratación del sector público.”*

II. Interpretación jurisprudencial del carácter excepcional de la contratación conjunta de proyecto y ejecución de obra.

Tal y como afirma la LCSP en su artículo 234 (anterior artículo 125 TRLCAP), la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes presenta como característica principal un carácter excepcional. No obstante, hemos de acudir a la jurisprudencia para interpretar esta excepcionalidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, en su Sentencia de 14 May. 2008, Rec. 151/2007, ha dispuesto lo siguiente:

*« TERCERO.- Este Tribunal en su reciente sentencia de 18 de marzo de 2008, recurso de casación 2633/2005 ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el art. 125.1 TRLCAP (de contenido próximo al artículo 108.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) manifestando que el mencionado precepto **"contempla como excepcional una posibilidad de contratación conjunta, cual es la de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes, que ni por su objeto, esto es, por la prestación que se contrata junto con la de ejecución, ni por la naturaleza o índole de las razones que pueden llegar a justificarla, puede ser confundida, hasta el punto de superponerse a ella y englobarla o llevarla consigo, con aquella otra posibilidad, igualmente excepcional, de adjudicación a un mismo contratista de la dirección de la ejecución de las obras y del correspondiente contrato de obra, prevista en el artículo 197.2 del citado Texto Refundido -y dentro de algunas fechas en el 45.2 de esa Ley 30/2007-. Esta segunda posibilidad, o mejor dicho, su regulación***



como excepcional, obedece a una lógica consideración: la del potencial riesgo de menoscabo del rigor y de la eficacia de las funciones de dirección cuando ésta se adjudica al mismo empresario que ha de ser dirigido, supervisado, controlado o vigilado; riesgo que subsiste, agravado incluso, cuando ese empresario, además de ejecutar las obras, elaboró su proyecto (…).

En definitiva, el distinto objeto o distintas prestaciones que se aúnan a la de ejecución de la obra en una y otra posibilidad; la diversa naturaleza de las razones que pueden ser apta, adecuadas, para justificar una y otra de esas dos posibilidades excepcionales; y, sobre todo, la percepción de que el potencial riesgo que se quiere evitar al separar las funciones de dirección subsiste también cuando se contrata conjuntamente la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras, obliga a concluir que la licitud de esta contratación conjunta no arrastra por sí sola, por esta sola circunstancia, que la dirección haya de adjudicarse también al ejecutor".

Y continúa la Sentencia estableciendo que:

*"(…) lo que caracteriza a esta modalidad del contrato de obras es también su naturaleza, o como dice el precepto, el carácter excepcional del contrato, que sólo podrá aplicarse en los supuestos que enumera en los apartados a) y b) de ese número 1 del artículo 125 . Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo excepcional es aquello que "constituye excepción de la regla común" o, en una segunda acepción, aquello "que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez". **Y a la vista de estas consideraciones la norma en ese precepto incluye dos supuestos en los apartados antes mencionados como son aquellos que se producen "cuando el sistema constructivo pudiera resultar determinante de las características esenciales del proyecto" y "cuando las características de las obras permitan anticipar diversos tratamientos de trazado, diseño y presupuesto". Supuestos que se muestran como alternativos entre sí, de manera que la elección de uno excluye al otro y viceversa, de forma que la Administración optará por uno u otro atendidas las características -término que utiliza la norma legal en ambos supuestos- bien del proyecto o de la obra".***



Por su parte, en lo que al carácter excepcional de la contratación conjunta se refiere, recoge el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, en su Sentencia de 17 Oct. 2011, Rec. 2172/2009 que:

“La justificación de una contratación conjunta de proyecto y obra ha de constar en el expediente administrativo, y debe ser previa a la elección de este sistema para permitir la entrada en juego del sistema extraordinario y, no debe olvidarse, excepcional de contratación frente al ordinario. Para eludir la vía ordinaria de contratación, la justificación debe ser previa y estar suficientemente motivada y justificada, ya que podría constituir una vía de escape de la administración para respetar el procedimiento ordinario”.

Por último, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, en su Sentencia de 9 Abr. 2008, Rec. 3229/2005, establece lo siguiente:

“Parece que la justificación para utilizar el art. 125 deriva del interés público y de la urgencia, claro ninguno de ellos supone la concurrencia de las circunstancias excepcionales y tasadas del art. 125 y por tanto justifican la decisión de tal modo que no existe declaración de urgencia, y si no es eso lo pretendido, la urgencia no abre la puerta al art. 125. Podemos concluir que desde este punto de vista la resolución recurrida solo pretende, sin justificación alguna proseguir la obra, "utilizando" para ello mecanismos legales de modo torticero, con el fin de evitar un procedimiento normal, redacción de proyecto, evaluación de impacto, información pública y resolución.

Con independencia de lo que dispone ese núm. 1 del art. 125 del Texto Refundido de Contratos de las Administraciones Públicas, conviene también prestar atención al núm. 2 del precepto, que constituye como el anterior legislación básica, y en el que se afirma que "en todo caso, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración del correspondiente anteproyecto o documento similar y sólo, cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse”.

Si bien es cierto que la jurisprudencia hace referencia a los ya derogados preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entendemos que las sentencias citadas son relevantes para determinar la excepcionalidad de esta modalidad de contratación, pues los preceptos a los que alude el Tribunal Supremo en sus distintos pronunciamientos son de



contenido próximo a lo preceptuado en la actual LCSP y es que, como se puede apreciar, lógicamente, la redacción original de la norma ha ido siendo matizada.

Como consecuencia de lo expuesto, **la LCSP viene a restringir la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y de la ejecución de las obras a determinados supuestos excepcionales, los cuales exigen vincular al contratista a los estudios previos a la ejecución de la obra o cuando 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.** Y es que el legislador ha previsto estos dos supuestos como alternativos entre sí, de manera que la elección de uno excluye al otro y viceversa, de forma que la Administración optará por uno u otro atendidas las características de cada caso concreto.

Además, como ya señaló el Tribunal Supremo, puesto que se trata de una modalidad de contratación excepcional, la Administración deberá justificar de forma previa y suficientemente motivada el uso de esta, ya que como veremos, en ciertas ocasiones podría constituir una opción para eludir la vía ordinaria de contratación. Ante esta situación, especial atención merece el pronunciamiento del Tribunal Supremo, afirmando que ni el interés público ni la urgencia suponen la concurrencia de circunstancias excepcionales.

III. La regulación de las condiciones especiales de compatibilidad previstas para los contratos públicos.

Como hemos visto, **la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y de la ejecución de las obras constituye una modalidad excepcional que no puede utilizarse en obras cuyas características no la justifiquen, debiendo de cumplir además con los requisitos legales establecidos en la ley para dicha modalidad, pues de lo contrario se limitaría no solo la libre concurrencia, sino que también se vulneraría el principio de igualdad de trato.** Y es que la igualdad de trato es un principio expresamente recogido en la Constitución Española y en el artículo 24 de la Directiva 2014/24 UE, siendo la jurisprudencia la que ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones su aplicación.

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, en su Sentencia de 12 Dic. 2002, C-470/1999, ha dispuesto que:

(...) el procedimiento de adjudicación de un contrato público debe respetar, en todas sus fases, en particular en la de selección de los candidatos en un procedimiento restringido, tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas (véase, en este sentido, por lo que se refiere a la fase



de comparación de ofertas, la sentencia de 25 Abr. 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54).

Por ello, y con el fin de garantizar el principio de igualdad de trato entre los posibles licitadores, la LCSP ha previsto una serie de condiciones especiales de compatibilidad.

Artículo 70. Condiciones especiales de compatibilidad.

- 1. El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las **especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato** o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.*

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

Las medidas adoptadas se consignarán en los informes específicos previstos en el artículo 336.

- 2. Los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de cualesquiera contratos, así como la coordinación en materia de seguridad y salud, no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos, ni a las empresas a estas vinculadas, en el sentido establecido en el apartado anterior.*



Por consiguiente, para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato entre los licitadores, cabría plantear la siguiente cuestión, ¿Puede un proyecto considerarse parte de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios de un futuro contrato de dirección facultativa a los efectos de lo dispuesto el apartado primero del art 70 LCSP?

Para responder esta pregunta hemos de acudir a la normativa comunitaria, pues es el Anexo VII de la Directiva 2014/24 UE donde se define el concepto de “especificaciones técnicas” como el *conjunto de las prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de la contratación, en las que se definan las características requeridas de un material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador; asimismo, los procedimientos de aseguramiento de la calidad, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso y los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida de las obras; incluyen asimismo las reglas de elaboración del proyecto y cálculo de las obras, las condiciones de prueba, control y recepción de las obras, así como las técnicas o métodos de construcción y todas las demás condiciones de carácter técnico que el poder adjudicador pueda prescribir, por vía de reglamentación general o específica, en lo referente a obras acabadas y a los materiales o elementos que las constituyan.*

Recordemos que el artículo 70.1 LCSP pretende restringir la participación a aquellas empresas licitadoras que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación. Por otro lado, el artículo 233 LCSP dispone en su apartado 1 que los proyectos de obras deberán comprender “...c) el pliego de prescripciones técnicas particulares, donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en la que ésta se llevará a cabo, las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista, y la manera en la que se llevará a cabo la medición de las unidades ejecutadas y el control de calidad de los materiales empleados y del proceso de ejecución”.

Pues bien, tal y como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 9/2010, de 15 de septiembre de 2010:

“En un procedimiento de contratación de servicios de dirección de obras puede presentar proposición y, en su caso, resultar adjudicatario el empresario redactor del proyecto, sin que sea de aplicación en este caso la prohibición contenida en el artículo 45.1 LCSP -56.1 TRLCSP-, ya que las especificaciones técnicas y los documentos preparatorios del futuro contrato de dirección facultativa no son las que están contenidas en el proyecto de obras, sino otras diferentes, que



*corresponden a un contrato distinto y que definirán las características del servicio que deberá prestar el facultativo adjudicatario, permitiendo caracterizarlo objetivamente (···) **La redacción previa de un proyecto no supone en sí misma una clara discriminación positiva respecto del resto de futuros licitadores a la dirección de la obra, sin que quepa impedir el acceso a la licitación a quien no quede demostrado que cuenta con ventaja sobre sus competidores. Esta exclusión solamente será posible si, como indica el artículo 45.1 LCSP -56.1 TRLCSP-, “dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.”***

De esta forma, aunque pudiera parecer que existe un claro favorecimiento a aquellos técnicos vinculados con empresas constructoras, según lo expuesto se deduce que el autor del proyecto podrá participar en la licitación de la dirección de la obra sin que ello implique en ningún caso contravenir la prohibición del artículo 70 LCSP. Y es que el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, siguiendo el mismo criterio y haciendo alusión al ya citado Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, dice que:

*“En nuestro ordenamiento jurídico ha sido reiteradamente admitido por la jurisprudencia que **los arquitectos que han diseñado un proyecto pueden participar en la licitación de la dirección de la obra, siendo una práctica habitual, sin que ello implique, en ningún caso, contravenir la prohibición del artículo 52.3 del TRLCAP (hoy 45.1 LCSP) de manera que no basta el haber participado en la elaboración de las especificaciones técnicas, sino que es necesario acreditar que dicha participación ha provocado restricciones a la libre concurrencia u otorgado trato de favor. Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2004, añadiendo, que no basta la mera cita del precepto o la mera afirmación de la realización del hecho, sino que hay que acreditar la incidencia real del mismo”.***

A estos efectos, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales cita en su Resolución nº 607/2013 la Sentencia de 18 de abril de 2013, dictada por la sección sexta de la sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que declara en su fundamento jurídico tercero lo siguiente:

“(···) la previsión del artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público tiene la finalidad de prevenir que haya desigualdades entre las empresas licitadoras porque una o varias de ellas gocen de una situación de privilegio en relación con el contrato.



Ahora bien, la conclusión que la situación descrita permite alcanzar no es la que propugna la recurrente. Si lo que la ley persigue es evitar distorsiones a la libre competencia o evitar el trato privilegiado, en este caso la solución no es impedir a ARTYCO participar en el concurso, sino entregar a todas y cada una de las empresas que participan en la licitación el estudio completo elaborado por ARTYCO. De este modo, desaparecería la denuncia de situación de privilegio y se evitaría que, por haber sido adjudicataria de un contrato quedase automáticamente impedida de participar en cualquier otra contratación pública relativa al mismo bien, finalidad no buscada por la norma, y que produciría una discriminación en contra de la demandada”.

Por consiguiente, entendemos que para que resulte de aplicación la incompatibilidad especial que regula el artículo 70 LCSP, habría que demostrar que la participación en la elaboración del proyecto ha provocado restricciones a la libre concurrencia o ha supuesto un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras, por lo que no cabría impedir el acceso a la licitación a quien no ha quedado probado que cuenta con ventaja.

IV. Indebida utilización de la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y de la ejecución de las obras y/o Coordinación de Seguridad y Salud.

Aun tratándose de un procedimiento excepcional, en ocasiones la Administración emplea este tipo de procedimiento sin justificar la necesidad de este y, por consiguiente, sin concurrir ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 234 LCSP. En estos casos, ante la inexistencia de la motivación normativa requerida, hemos de advertir que estaríamos ante un procedimiento nulo y por lo tanto impugnabile, pues de seguir su curso se estarían vulnerando los principios de libre concurrencia e igualdad de trato antes citados al favorecer la contratación conjunta 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.

En algunas Administraciones esta práctica es más que habitual, afectando de forma directa a la profesión de la Arquitectura Técnica, pues en ciertas licitaciones se pretende que un único contratista sea el que desempeñe todas las funciones del proceso edificatorio, entre ellas, la redacción del proyecto, la Dirección de Obra, la Dirección de la Ejecución de la Obra o la Coordinación en materia de Seguridad y Salud. De esta forma, la Administración obliga a que los profesionales que deseen participar en la licitación concurren en cualquier figura asociativa sin que los distintos profesionales titulados puedan concurrir ni licitar de forma separada, sino conjuntamente, pudiendo suponer un menoscabo del rigor y de la eficacia de las funciones de dirección de ejecución de la obra o de la coordinación de seguridad y salud.



En consecuencia, y en lo que respecta al ámbito profesional de la Arquitectura Técnica, los Arquitectos Técnicos se ven imposibilitados a optar, de forma individual, a la dirección de la ejecución de la obra o a la coordinación de seguridad y salud, a pesar de que se trata de funciones perfectamente diferenciadas e individualizadas con respecto al proyecto y la dirección de obra, reservadas por ley a distintos profesionales dadas sus especificidades técnicas.

Y ello, consideramos que contraviene lo dispuesto en las directivas europeas 2014/23/UE y 2014/24/UE sobre contratación pública, pudiendo llegar a suponer una vulneración del derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución y una vulneración del principio de libre concurrencia.

Al respecto, conviene destacar la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que establece en su considerando (14) lo siguiente:

“Procede aclarar que el concepto de «operador económico» debe interpretarse en un sentido amplio a fin de que incluya a cualquier persona o entidad que ofrezca la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el mercado, independientemente de la forma jurídica que haya escogido para operar en él. Por consiguiente, las empresas, las sucursales, las filiales, las asociaciones, las sociedades cooperativas, las sociedades anónimas, las universidades, públicas y privadas, y otras formas de entidades distintas de las personas físicas deben estar todas ellas incluidas en el concepto de operador económico, sean o no «personas jurídicas» en todas las circunstancias.”

El art. 19 de la Directiva establece en relación con los «operadores económicos» que:

«no podrán rechazarse candidatos o licitadores que, con arreglo a la legislación del Estado miembro en que estén establecidos, estén habilitados para realizar la prestación de que se trate, por el mero hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro donde se adjudique el contrato, deban ser personas físicas o personas jurídicas».

De esta forma, entendemos que al tener que concurrir el Arquitecto Técnico conjuntamente con otros titulados (algunos de ellos sin habitación legal para intervenir en tales obras), se ve privado de poder fijar y ofertar libremente los honorarios que considere adecuados o suficientes para el desempeño de sus funciones, pues depende de un conjunto de profesionales (agrupados en cualquier forma asociativa o societaria) y de las proporciones asignadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares al conjunto global de los honorarios a percibir por el precio de todos los servicios.



En definitiva, **ante una posible utilización arbitraria de la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y de la ejecución de las obras como la aquí expuesta, cabría denunciar la conducta por vía administrativa o ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ello cuando haya transcurrido el plazo para impugnar la correspondiente convocatoria, pues cuando así no sea, lo procedente bien podría ser la directa impugnación de esta.**

V. El recurso especial en materia de contratación.

Tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, cabe la opción de impugnar aquellos contratos o actos que resulten contrarios a derecho y, para ello, nace el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda con el fin de aportar un elemento de garantía en la aplicación de las normas que regulan la preparación y adjudicación de los contratos.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer y resolver:

a) Los recursos especiales en materia de contratación interpuestos respecto de los actos mencionados en el artículo 44.2 LCSP, cuando se refieran a alguno de los contratos que se enumeran en el apartado 1 del mismo artículo.

Contratos recurribles (Art. 44.1 LCSP)

a) b) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) c) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) d) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Actos recurribles (Art. 44.2 LCSP)

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio



irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Además, serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios; y los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 LCSP, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando éste, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Los demás actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas distintos de los señalados podrán ser objeto de recursos ordinarios de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Por otro lado, las actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015 ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela.

A medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo exija, se prevé la constitución de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma. Estos Tribunales tendrán competencia exclusiva para la resolución de los recursos a que se refiere el artículo 44 LCSP, interpuestos contra los actos de la



Administración territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma. En la actualidad, se encuentran constituidos, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón o el Tribunal Administrativo de Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Por último, cabe destacar que el recurso ha de presentarse en el plazo de quince días hábiles. No obstante, su cómputo difiere en función de la naturaleza del acto recurrido, estableciéndose diferentes reglas al respecto. Asimismo, la resolución del recurso especial agota la vía administrativa, por lo que es directamente ejecutiva y contra ella solo cabe recurso contencioso-administrativo, quedando excluida la posibilidad de revisión de oficio.

VI. Conclusiones.

1. La regla general que rige el procedimiento ordinario de contratación pública es la división del contrato por lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, pudiendo solo acudir a la contratación conjunta de forma excepcional, cuando se den determinados supuestos reglados y debiendo motivar su concurrencia. La LCSP recoge de forma expresa la excepcionalidad de la contratación conjunta de proyecto y ejecución de obra.
2. Por su propia naturaleza, la ejecución de la obra debe constituir, con carácter general, un único contrato diferenciado de la elaboración del proyecto y dirección de obra, pues es la LOE la que ha concebido la dirección de la ejecución material con carácter unitario y diferenciado, tanto en funciones como en atribuciones profesionales. Lo mismo sucede con la coordinación de seguridad y salud.
3. La división en lotes de proyecto y ejecución de obra es la forma de contratación que ofrece mayores garantías de rigor y eficiencia para el cumplimiento satisfactorio del objeto del contrato, preservando la independencia entre quien proyecta y quien se encarga de ejecutar lo proyectado.
4. Con el fin de garantizar el principio de igualdad de trato entre los posibles licitadores, la LCSP ha previsto una serie de condiciones especiales de compatibilidad, las cuales resultarán de aplicación siempre que se demuestre que la participación en la elaboración



del proyecto ha provocado restricciones a la libre concurrencia o han supuesto un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

5. Han sido los Tribunales los encargados de interpretar la excepcionalidad que caracteriza la modalidad de contratación conjunta prevista en la LCSP, restringiendo su uso para aquellos supuestos excepcionales que exijan vincular al contratista a los estudios previos a la ejecución de la obra o para el caso en que 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. No obstante, se exigirá una justificación donde ni el interés público ni la urgencia podrán concurrir como motivación.
6. A pesar de ello, en ciertas ocasiones, la Administración elude esta vía ordinaria de contratación acudiendo al procedimiento de contratación conjunta, ello sin justificación alguna y sin concurrir ninguno de los supuestos excepcionales recogidos en la LCSP.
7. Para aquellos supuestos en los que la Administración eluda la vía ordinaria de contratación de forma arbitraria, sin la motivación normativa requerida, estaríamos ante un procedimiento nulo y por lo tanto impugnabile, por lo que cabría denunciar la conducta a través del recurso especial en materia de contratación o ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre y cuando haya transcurrido el plazo para impugnar la correspondiente convocatoria, pues cuando así no sea, lo procedente bien podría ser la directa impugnación de ésta.
8. A través del recurso especial en materia de contratación, podrán impugnarse ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales determinados actos y decisiones (anuncios de licitación, pliegos, acuerdos de adjudicación, etc.) tanto de las Administraciones Públicas como de las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, siendo su resolución directamente ejecutiva, por lo que contra la misma solo cabrá interponer un recurso contencioso-administrativo.

Madrid, 29 de mayo de 2019

Asesoría Jurídica