



Recurso nº 23/2011

Resolución nº 21/2011

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

En Madrid, a 15 de junio de 2011

VISTO el recurso interpuesto por Dña. P.S.S., actuando en su calidad de Decano del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, contra los Pliegos que han de regir el contrato de concesión de obra pública de “Redacción de proyecto, construcción y explotación del Centro Deportivo Municipal Vallehermoso”, licitado por el Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 18 de marzo de 2011, de la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, se hace pública la convocatoria para la adjudicación mediante procedimiento abierto del contrato citado anteriormente, siendo publicada en el DOUE de 22 de marzo y en el BOE del 24.



Comunidad de Madrid

Segundo.- El 28 de marzo de 2011, mediante fax dirigido al Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, la representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (COAM) anuncia que interpondrá recurso especial contra la resolución del Ayuntamiento publicada en el DOUE de 22 de marzo. El 29 de marzo de 2011 tuvo entrada en el Registro de la citada Área de Gobierno el recurso especial en materia de contratación, en el que se solicita, en virtud de las alegaciones formuladas en el mismo, la modificación de los Pliegos, así como la suspensión de la ejecución del acto recurrido.

Tercero.- El 1 de junio de 2011 tuvo entrada en este Tribunal escrito del al Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid remitiendo el recurso, el expediente de contratación y su correspondiente informe.

Cuarto.- Con fecha 2 de junio el Tribunal da traslado del recurso a todos los licitadores en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 316. 3 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo ha recibido escrito de alegaciones de la UTE INGESPORT-BONIFACIO SOLÍS-ARABAKO, en el que tras argumentar lo que conviene a su derecho solicita que se dicte resolución desestimatoria del recurso.

Quinto.- El 8 de junio de 2011, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación del COAM para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 LCSP, al tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos



Comunidad de Madrid

se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso“.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 314.2 a) de la LCSP.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los pliegos correspondientes a un contrato de concesión de obras públicas sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 310 .1 a) y 310.2 a) de la LCSP.

Quinto.- Como cuestión de fondo, el COAM considera que no procede la contratación conjunta de la redacción del proyecto y la ejecución de las obras, por aplicación directa del artículo 108 de la LCSP, -relativo a las actuaciones preparatorias del contrato de obras- que previene el carácter excepcional de la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y de la ejecución de las obras.

Por ello, cabe plantearse si este artículo 108 resulta de aplicación al contrato de concesión de obra pública.

Según el artículo 7 de la LCSP la concesión de obras públicas es un contrato típico que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o



Comunidad de Madrid

bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

El artículo 6 de la LCSP define que son contratos de obras aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.

De lo hasta aquí expuesto queda claro que las prestaciones de un contrato de obras y por remisión de su objeto, también de las prestaciones de un contrato de concesión de obra pública, puede comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto. De ahí concluye el COAM que esta contratación conjunta está regulada por el artículo 108 LCSP, el carácter restrictivo y excepcional de tal contratación y la necesidad de motivación en los Pliegos de la cual carecen los Pliegos recurridos. Por ello apunta que “ni el expediente justifica, ni las características de la edificación apuntan a condiciones de excepcionalidad de clase alguna, por lo que hubiera sido más acorde convocar una licitación según los medios previstos para la contratación de trabajos de arquitectura. La actuación desarrollada vulnera lo establecido en la Ley y por ende resulta nula.”

Conviene pues, analizar el régimen jurídico aplicable a la contratación de la concesión de obra pública. La calificación de un contrato como administrativo típico de la LCSP determina que el mismo se regulará por lo específicamente dispuesto en dicha Ley y los derechos y obligaciones de las partes se delimitarán en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Debe destacarse, en primer lugar, que la LCSP regula de forma independiente las actuaciones preparatorias del contrato de obras (Cap. II, Sección 1ª) de las de los contratos de concesión de obra pública (Cap. II Sección 2ª), de



manera que la normativa relativa a la preparación del contrato de obras solo será aplicable, entiende este Tribunal, en aquellos supuestos de regulación incompleta o de existencia de lagunas en torno al supuesto de hecho concreto de que se trate, o en los casos de remisión específica de la norma.

Para centrar la cuestión debe dilucidarse si en el contrato de concesión de obras públicas existe, o no, una previsión legal que defina si es posible la contratación conjunta de la redacción del proyecto de obra con la ejecución y explotación de la misma, y en qué casos.

Al efecto debe traerse a colación lo dispuesto en la Sección segunda del citado Capítulo II LCSP que, regula las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obra pública, fundamentalmente lo estableciendo en su artículo 113 que establece que: *“En función de la complejidad de la obra y del grado de definición de sus características, la Administración concedente, aprobado el informe de viabilidad, podrá acordar la redacción del correspondiente anteproyecto.”* Y lo establecido en el artículo 114.1: *“En el supuesto de que las obras sean definidas en todas sus características por la Administración concedente, se procederá a la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes artículos de esta Ley y al reconocimiento de la utilidad pública de la obra a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa.”*

Por su parte el artículo 114.4 de la LCSP establece que *“...el concesionario responderá de los daños derivados de los defectos del proyecto cuando, según los términos de la concesión, le corresponda su presentación o haya introducido mejoras en el propuesto por la Administración...”*

De los preceptos citados, claramente se desprende la posibilidad de que el concesionario de la obra se encargue asimismo del proyecto de construcción de la misma cuando le corresponda, según los términos de la concesión. Corresponde a



Comunidad de Madrid

la Administración la redacción, según la complejidad de las obras y el grado de definición de sus características, del anteproyecto o proyecto de las mismas, pudiendo, en su caso, los licitadores presentar mejoras o variantes, si se establece en el PCAP.

La LCSP permite distintas soluciones en cuanto a la existencia de anteproyectos de construcción y explotación o proyecto de obras. Así, se admite la posibilidad de que en función de la complejidad de la obra y grado de definición de sus características, la Administración, aprobado el estudio de viabilidad, pueda acordar la redacción del correspondiente anteproyecto. A su vez el proyecto puede ser redactado directamente por la Administración concedente, encargado a un tercero, o bien impuesto al propio concesionario.

En línea con lo anterior, a mayor abundamiento, debe señalarse que el artículo 115 de la LCSP, sobre contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato de concesión de obra pública, dispone en su apartado 1.º c) *Contenido de las proposiciones que deberán hacer referencia al menos, a los siguientes extremos:*

....2.º Plan de realización de las obras con indicación de fecha prevista para su inicio, terminación y apertura al uso al que se destinen “ añadiendo en su apartado 1. h) que en los pliegos habrá de recogerse el plazo para la elaboración del proyecto, plazo para la ejecución de las obras y plazo de explotación de las mismas (...)

De lo hasta aquí expuesto cabe concluir que en la preparación de los contratos de concesión de obras públicas se ha de atender en primer lugar a su normativa específica, regulación autónoma y diferenciada de la del contrato de obras, en la que no se incardina el artículo 108 LCSP, y por lo tanto no cabe una traslación automática de las mismas sino en aquellos aspectos en los que existe una remisión expresa.



De estas normas se desprende que el empresario, en los términos que fije la concesión, podrá presentar el proyecto y que existe una concatenación entre las prestaciones relativas a la presentación del proyecto y la ejecución de las obras ya que en su oferta el empresario tiene que fijar la fecha de inicio de las obras que dependerá de la redacción del proyecto, lo que plantearía más dificultades si la redacción del proyecto correspondiera a la ejecución de otro contrato.

El proyecto es un documento necesario en la tramitación de un contrato de concesión de obras públicas en el cual se definen las obras a ejecutar, de acuerdo con el contenido mínimo que deben comprender según el artículo 107 LCSP. Cabe tanto su redacción por la Administración concedente como su presentación por el concesionario, correspondiendo, en todo caso a la misma la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto.

Lo anterior permite concluir que la LCSP en la regulación del contrato de concesión de obra pública no ha previsto que las normas reguladoras del contrato de obras hayan de aplicarse en toda su extensión a este tipo de contrato, sino en lo relativo al contenido del proyecto, aprobación, supervisión y replanteo.

Por cuanto que en la concesión de obras públicas ambas prestaciones se encuentran vinculadas no resulta de aplicación el límite previsto para el contrato de obras en el artículo 108 de la LCSP. Interpretación que se ve corroborada por la dicción literal del propio artículo 108, relativo al contrato de obras, cuando dispone que la contratación conjunta de elaboración de proyectos y ejecución de obras correspondientes tendrá carácter excepcional y solo podrá efectuarse cuando se de alguno de los supuestos cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente: *“cuando los motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o las técnicas de ejecución de las obras.”*



Comunidad de Madrid

La limitación “tendrá carácter excepcional y solo podrá aplicarse a los siguientes supuestos” que hace la LCSP está incardinada dentro de un artículo (el 108) aplicable exclusivamente a la preparación del contrato de obras, no estableciéndose esa limitación en la regulación de los actos preparatorios del contrato de concesión de obras públicas. Resulta evidente que la contratación conjunta de la redacción de proyecto y ejecución de obra no es un supuesto excepcional en la regulación del contrato de concesión de obras públicas puesto que la vigente LCSP no establece taxativamente en qué supuestos puede acudir a esta contratación conjunta como sí lo hace en la regulación del contrato de obras.

En el tipo de contrato de concesión de obras públicas la redacción del proyecto es una prestación accesoria, vinculada a la principal que consiste en la ejecución de las obras y la explotación de la concesión, lo que justifica la posibilidad de su elección por la Administración dada la estrecha conjunción que ha de existir entre el proyecto que diseñe las obras y la posterior explotación de las mismas.

Tradicionalmente se ha dicho por la doctrina administrativista que la diferencia entre un contrato de obra pública y la concesión de obra pública radica en la existencia de un alea en el supuesto del contrato de obras (el que pueda producirse en la realización de la obra) y de dos aleas distintos en el supuesto de la concesión (el que pueda producirse en la realización de la obra y el que pueda producirse en la explotación de la obra).

Con arreglo a la distinción indicada, se conecta la ejecución de la obra pública a la explotación ulterior de la obra por el concesionario, aunque admite, también, la posibilidad de recibir, además, un precio. Pero lo esencial en la concesión es, precisamente, la explotación de la obra por el empresario como medio de recuperar la inversión realizada.

En toda concesión, a la Administración le corresponde lógicamente la apreciación de la necesidad pública que se trata de cubrir, la realización de un estudio de viabilidad en los términos del artículo 112 y, en su caso, la redacción del



Comunidad de Madrid

correspondiente anteproyecto en el que la obra se defina y presupueste, en una primera aproximación a la misma. De este modo, tras la reglamentaria información pública y después de recibir de los afectados cuantas observaciones se consideren oportunas sobre la misma, la Administración aprobará el anteproyecto y las líneas generales de su construcción y explotación, que naturalmente estarán siempre bajo su dirección y responsabilidad.

Ahora bien, a partir de ese momento, el concesionario (incluso antes los licitadores) tienen un papel activo y protagonista en la operación y, así, “podrán introducir en el anteproyecto las variantes o mejoras que estimen convenientes” (artículo 113.5 LCSP); más aún, en la mayor parte de los casos a él le corresponde la redacción del proyecto (esto, que es muy excepcional en el contrato de obra, es lo habitual en las concesiones) y cuando el PCAP lo autorice, y en los términos que éste establezca, el concesionario puede introducirlas variantes o mejoras que estimen convenientes y sean aprobadas por la Administración. Todo ello es lógico, porque es él quien va a explotar la obra y debe realizarla de modo que se incentive su utilización. Pero justamente por ello, sobre él recaerá también la responsabilidad y el riesgo de sus errores o defectos. Así lo establece el artículo 114.4 LCSP, cuando dice: *“El concesionario responderá de los daños derivados de los defectos del proyecto cuando, según los términos de la concesión, le corresponda su presentación o haya introducido mejoras en el propuesto por la Administración.”*

En el expediente objeto el recurso el empresario que va a gestionar la concesión se encuentra, por motivos de orden técnico, vinculado al proyecto de ejecución de las obras ya que éstas están ligadas al destino que van a tener, que no es otro que la explotación del Centro Deportivo.

La vinculación del empresario a las obras existente en este tipo de contrato hace innecesaria la aplicación del artículo 108 LCSP ya que si así se establece en los términos de la concesión se encuentra justificada la decisión adoptada en cuanto a la presentación del proyecto por el empresario.



Trasladando cuanto hemos expuesto al supuesto concreto cabe determinar que el Ayuntamiento de Madrid procedió adecuadamente al licitar conjuntamente la redacción del proyecto junto a la ejecución de las obras, redactando previamente un anteproyecto tal como exige la normativa específica del contrato de concesión de obras públicas, sin necesidad de justificar en el expediente la excepcionalidad de la decisión, dada la vinculación que en este tipo de contratos existe entre la explotación de la obra y la definición de la misma.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311. 2 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Dña. P.S.S., actuando en su calidad de Decano del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, contra los Pliegos que han de regir el contrato de concesión de obra pública de “Redacción de proyecto, construcción y explotación del Centro Deportivo Municipal Vallehermoso”, licitado por el Ayuntamiento de Madrid.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación acordada por este Tribunal el 8 de junio de 2011.



Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 319 LCSP.