

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2014.

VISTO el escrito presentado como recurso especial en materia de contratación por doña P.P.S., en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, contra el Pliego de Condiciones Particulares del contrato de servicios de redacción de proyecto y dirección de obra para la construcción de la nueva sede social de Metro de Madrid en el Depósito de Canillejas.(Expediente 6011400192), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 13, 14 y 19 de agosto de 2014, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación para la contratación de la redacción de proyecto y dirección de obra para la construcción de la nueva sede social de Metro de Madrid en el Depósito de Canillejas con un valor estimado de 1.233.613,45 euros.

El plazo de presentación de ofertas finaliza el día 12 de noviembre de 2014.

En el punto 13 del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares (PCP), que ha de regir el contrato y consiguientemente en los anuncios correspondientes, se indica que los licitadores deberán aportar una garantía provisional por importe de 37.008 euros, según el Modelo del Anexo VI.

Segundo.- Con fecha 20 de agosto de 2014, se presentó ante Metro de Madrid, S.A escrito calificado como de recurso especial en materia de contratación, en nombre y representación del Colegio de Arquitectos de Madrid, contra el PCP.

En dicho escrito se solicita que se ordene la modificación del pliego que habrá de regir la licitación, por considerar que la exigencia de una garantía provisional no se encuentra adecuadamente justificada y afectar negativamente a las condiciones de concurrencia de la convocatoria.

Tercero.- Dicho escrito se remitió a este Tribunal el día 28 de agosto, acompañado del expediente administrativo y del informe preceptivo a que se refiere el artículo 46 del 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 (TRLCSP).

En dicho informe se aduce que Metro de Madrid, S.A. no tiene la consideración de Administración Pública, por lo que no le resulta de aplicación el artículo 103 de la referida norma (relativo a los contratos celebrados con las Administraciones Públicas) sino que, de conformidad, con la disposición adicional octava de la citada Ley, se regirán por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, añadiendo que aun en caso de aplicación de tal precepto, el mismo no exige que las razones que justifiquen la exigencia de fianza se hagan constar en los Pliegos que rigen el concurso, sino que tal justificación deberá figurar en el expediente de la licitación, que en este caso se incorporan en el apartado 3.3 de la Propuesta de contratación, de fecha 15 de julio de 2014, que forma parte del expediente de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, presenta escrito que califica como recurso especial en materia de contratación de los establecidos en el TRLCSP. Es preciso determinar si resulta aplicable al supuesto que nos ocupa el régimen propio del recurso especial o, por el contrario, el régimen aplicable es el establecido en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LSE) y si ha sido interpuesto ante el órgano competente para su resolución.

Debemos partir de la naturaleza jurídica de Metro de Madrid S.A., que es una empresa pública de la Comunidad de Madrid sujeta en su contratación a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, (LSE) siempre que realice alguna de las actividades enumeradas en el artículo 10 de dicha Ley, cuyo valor estimado sea igual superior a los límites establecidos en el artículo 16.

Metro de Madrid S.A., se encuentra, según establece el apartado 7, de la Disposición adicional segunda de la LSE, y a efectos de lo dispuesto en su artículo 3, entre las entidades contratantes del sector de los servicios de ferrocarriles urbanos, tranvías, trolebuses o autobuses y de acuerdo con lo previsto en el artículo 192 del TRLCSP, tiene aprobadas sus Instrucciones internas en materia de contratación que, en su redacción actualizada, entraron en vigor el día 13 de septiembre de 2013.

En cuanto a la coincidencia del objeto del contrato con las actividades del artículo 10 de la LSE, de acuerdo con los pliegos, el objeto del contrato es la construcción de una nueva sede social para la entidad Metro de Madrid ,S.A, que aunque indirectamente sirve a las actividades a desarrollar por Metro de Madrid ,S.A de puesta a disposición o explotación de redes de transporte, a juicio de este

Tribunal no se encuentra comprendida dentro del concepto servicios de transporte que justifica la aplicación de la LSE. En apoyo de esta consideración puede citarse lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C- 393/06, en su apartado 31 “(...) *solo están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 los contratos que una entidad,-que tenga la consideración de “entidad adjudicadora” en el sentido de esta Directiva- celebre en relación con el ejercicio de actividades en los sectores enumerados en los artículo 3 a 7 de dicha Directiva y para dicho ejercicio*”. De esta última expresión “*para dicho ejercicio*” se deduce el carácter instrumental que el objeto del contrato debe tener para el desarrollo de la actividad especial que justifica su regulación algo más laxa que la del resto de contratos del sector público, en orden a la aplicación del TRLCSP o de la LSE.

Por tanto resulta de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado 2 de la disposición adicional octava del TRLCSP, cuando establece que “2. (...) *Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, (que no tengan el carácter de Administración Pública) se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada*”.

Se trata en consecuencia en este caso de un recurso especial en materia de contratación regulado en los artículos 40 a 49 del TRLCSP, y no una reclamación regulada en el artículo 101 y siguientes de la LSE. Sin perjuicio de que el PPT indica que este contrato se regirá por lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y en las Instrucciones Internas de Contratación de Metro de Madrid, S.A, de 13 de septiembre de 2012, debe advertirse que la determinación del régimen jurídico aplicable al no ser objeto del presente recurso, no afecta más que, además de a la calificación jurídica del escrito presentado y su

tramitación, a la cuestión hecha valer por la recurrente sobre la garantía provisional exigida.

Segundo.- El recurso se dirige contra el PCP de un contrato de servicios, con un valor estimado de 1.233.613,45 euros incluíble en la categoría 12 del anexo II del TRLCSP “Servicios de arquitectura”.

Dado el objeto del contrato y su valor estimado, la competencia para resolver la recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 40.1.a) y 2.a) del la TRLCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Tercero.-Se acredita la legitimación del Colegio de Arquitectos de Madrid, para interponer el recurso y su representación, al tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”.(artículo 42 del TRLCSP).

Se aporta asimismo a requerimiento de este Tribunal y dentro del plazo concedido al efecto, Acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio celebrada el 2 de septiembre ratificando todas la actuaciones llevada a cabo por la firmante del recurso y facultándola para proceder la subsanación de cualquier defecto formal.

Cuarto.- En cuanto al plazo para interponer el recurso el artículo 44.2 del TRLSCPS, dispone que el escrito deberá presentarse en el plazo de 15 días hábiles a contar a partir del siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158.

El anuncio de licitación fue publicado el día 13 de agosto de 2014 en el DOUE, y en el BOE y en el BOCM los días 14 y 19 del mismo mes respectivamente.

El escrito formulando el recurso se presentó ante Metro de Madrid, S.A, el día 20 de agosto, por lo que se ha realizado dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP

Quinto.- El objeto de la recurso es el contenido del PCP que ha de regir el contrato por lo que a la exigencia de una garantía provisional se refiere, invocando para ello que lo único que se conseguirá con la misma es dificultar la participación en el proceso a un buen número de profesionales, *“ejerciendo sobre ellos una desproporcionada presión económica que fue precisamente la causa de que en el TRLCSP, se restringiera la exigencia de este tipo de garantías a caso excepcionales suficientemente justificados”*.

El órgano de contratación argumenta de contrario, que la instrucción nº 15 de las Instrucciones de Contratación de Metro de Madrid habilita al órgano de contratación de esta Compañía para exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato. Dispone, además, que esta exigencia deberá hacerse constar, de manera expresa, en el pliego o documento en el que se recojan los requisitos y condiciones para la oferta y, en su caso, en el anuncio de licitación, sin que esta instrucción exija una justificación detallada de esta exigencia, que no obstante consta reseñada en el apartado 3.3 del documento denominado Propuesta de Contratación de fecha 15 de julio de 2014, añadiendo que su importe es proporcionado, al corresponderse con un 3% del presupuesto de la licitación.

Sentado el régimen jurídico aplicable a la contratación de Madrid, S.A., y que la misma no tiene la consideración de Administración Pública, la posibilidad exigir una garantía provisional se encuentra prevista en el artículo 104 del TRLCSP, *“1. En los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o*

candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

2. El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 96, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato.”

A diferencia del artículo 103 invocado por el recurrente, este precepto no exige que se justifique suficientemente en el expediente las razones de su exigencia en atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, lo que desde el punto de vista de la interpretación auténtica de la norma, es revelador de que el legislador ha atenuado en los casos de poderes adjudicadores distintos de las Administraciones Públicas, las exigencias de justificación de la solicitud potestativa de la garantía provisional.

En todo caso, dicha justificación existe en el punto 3.3 de la propuesta de contratación, fundada en los siguientes motivos *“(i) especial relevancia del trabajo solicitado (por la incidencia de los servicios que se gestionan en la Sede Social de la empresa y mediante la aplicación COMMIT en la correcta prestación del servicio público de transporte encomendado a Metro de Madrid, S.A.); y (ii) que se trata de un objetivo perteneciente a la estrategia empresarial actual de la empresa (por la relación que guarda el trabajo solicitado con la convocatoria pública, ya efectuada por Metro de Madrid, S.A., para la enajenación del recinto denominado “Granada-Cavanilles”, como parte del Plan Estratégico Inmobiliario para optimizar su patrimonio, dado que la nueva Sede Social y de COMMIT proyectada en el Depósito de Canillejas vendrá a sustituir a las actuales localizaciones de tales servicios en C/ Cavanilles y en el Edificio Cristalía).”*

La exigencia de una garantía provisional corresponde al ámbito de decisión del órgano de contratación, sin que como afirma la recurrente, se trate de una

exigencia excepcional puesto que la Ley nada dice en este sentido, ni en el artículo 103 ni en el 104, no pudiendo desprenderse tal carácter de la redacción de ninguno de los preceptos indicados, sino únicamente su carácter potestativo. De este modo correspondiendo la elección al órgano de contratación y no siendo precisa su justificación en el caso de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, -más allá de la determinación de su cuantía en atención a las características del contrato que lógicamente deberían explicitarse,- este Tribunal entiende que el PCP impugnado no adolece de defecto en relación con la exigencia de la garantía provisional que justifique su anulación.

Por otro lado, no es imprescindible que se constituya la garantía en metálico, permitiéndose cualquiera de las formas del artículo 96 TRLCSP, de manera que el coste de su constitución (normalmente el coste financiero de un aval bancario) no coincidiría con el de la garantía solicitada, no dándose en tal caso las circunstancias invocadas de dificultar la participación de los profesionales.

A ello cabe añadir que en este caso, la exigencia de garantía sí se encuentra justificada cabalmente en el expediente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 interpuesto por doña P.P.S., en nombre y representación de Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, contra redacción de proyecto y dirección de obra para la construcción de la nueva sede social de Metro

de Madrid en el Depósito de Canillejas.(Expediente 6011400192).

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP

Tercero.- 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 de 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 49 del TRLCSP.