

**Recurso 178/2013.
Resolución 157/2013.**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 12 de diciembre de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el **COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE ALMERÍA** contra el anuncio de la Empresa Municipal de Infraestructuras y Servicios, S.A., de 1 de agosto de 2013, por el que se convoca licitación pública para la “Contratación de la redacción del proyecto, ejecución de obras y explotación del edificio administrativo ubicado en Plaza Marín de Almería”(Expte 3/2013), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de agosto de 2013, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería el anuncio de licitación de la contratación relativa a la redacción del proyecto, ejecución de obras y explotación del edificio administrativo ubicado en Plaza Marín de Almería”, promovida por la Empresa Municipal de Infraestructuras y Servicios, S.A.

En el citado anuncio se establece, como presupuesto de licitación, la cantidad de 3.310.870,96 euros, IVA incluido.

SEGUNDO. El 21 de agosto de 2013, tuvo entrada en el Registro General de la Subdelegación del Gobierno en Almería escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE ALMERÍA contra el anuncio de licitación del contrato antes mencionado.

TERCERO. El 17 de septiembre de 2013, se recibió en el Registro de este Tribunal escrito del Consejero-Delegado de la Empresa Municipal de Infraestructuras y Servicios, S.A. dando traslado del expediente de contratación y del informe sobre el recurso interpuesto.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 25 de septiembre de 2013, se requirió al órgano de contratación, entre otra documentación, la remisión del escrito original o copia compulsada del recurso y las alegaciones pertinentes sobre la medida provisional de suspensión solicitada por el recurrente. La citada documentación fue recibida en el Registro de este Tribunal el 30 de septiembre de 2013.

QUINTO. El 4 de octubre de 2013, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por el recurrente.

SEXTO. Mediante escrito de la Secretaría de este Tribunal de 7 de octubre de 2013, se dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de

noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido dictado por el órgano competente de una Empresa Municipal constituida por el Ayuntamiento de Almería, con capital social aportado íntegramente por éste. Así pues, la citada Empresa Municipal goza de la condición de poder adjudicador vinculado al citado Ayuntamiento, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 26 de noviembre de 2013 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Almería, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Respecto a la legitimación del Colegio Oficial de Arquitectos de Almería para la interposición del presente recurso especial, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

La legitimación del Colegio Profesional recurrente ya fue analizada en la Resolución 2/2013, de 15 de enero, de este Tribunal en la que se manifestaba lo siguiente: << (...) **la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2010, de 19 de julio**, dictada en el Recurso de amparo 10094-2006, aborda específicamente la legitimación de este tipo de corporaciones, concluyendo lo siguiente: *“(...) en general, la legitimación procesal de las corporaciones, naturaleza de la que participan los colegios profesionales, así como, en particular, la de éstos mismos, están expresamente reconocidas en nuestro ordenamiento en los términos que se precisa en los correspondientes preceptos*

legales, para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos y los profesionales de sus colegiados (...)

En definitiva, las Sentencias recurridas, al haber negado al colegio demandante de amparo legitimación procesal, han llevado a cabo una interpretación de los requisitos procesales y, en particular, del relativo a la existencia de interés legítimo, excesivamente rigorista y desproporcionada, contraria, por lo tanto, al principio pro accione, lesionando de esta forma su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, al haberle privado injustificadamente de una resolución de fondo sobre el asunto debatido en el proceso (...)”

Pues bien, en el supuesto aquí analizado, el artículo 5.2 de los Estatutos del Colegio Oficial de Arquitectos de Almería, aprobados mediante Orden de la Consejería de Justicia y Administración Pública, de 10 de noviembre de 2008 (BOJA núm. 238, de 1 de diciembre) atribuyen al mismo funciones de representación, entre las que han de mencionarse las siguientes: “a) Representar a la profesión ante los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y restantes Administraciones, procurando los intereses profesionales (...)” y “b) Actuar ante los Jueces y Tribunales, dentro y fuera de su ámbito territorial, en nombre propio y en defensa de los intereses de la profesión y de los profesionales (...)”, por lo que hemos de reconocerle, de conformidad con lo estipulado en el artículo 42 del TRLCSP, interés legítimo y en consecuencia, legitimación para impugnar el anuncio de licitación, al considerar que con ello la citada Corporación actúa en defensa de los intereses de la profesión de arquitecto y de sus profesionales.

Finalmente, se han de reconocer facultades de representación para actuar en nombre del Colegio Oficial recurrente al Decano del mismo, según certifica su Secretario y tal como prevé el artículo 17 de los Estatutos que atribuyen a aquél la representación legal del Colegio.>>

En el caso que ahora se examina resulta de plena aplicación el criterio sentado en la anterior resolución de este Tribunal, toda vez que el recurso se dirige contra el anuncio de licitación y mediante su impugnación el Colegio Profesional articula la defensa de los intereses profesionales de los arquitectos.

Asimismo, el recurso es interpuesto, en representación del Colegio Profesional, por el Decano del mismo, que goza de facultades para ello en virtud de las atribuciones conferidas en los Estatutos de la citada corporación.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto impugnado es el anuncio de la licitación convocada por una entidad que reúne la condición de poder adjudicador y cuyo objeto es la contratación de la redacción del proyecto, ejecución de las obras y explotación de un edificio administrativo ubicado en la Plaza Marín de Almería, siendo su presupuesto de licitación de 3.310.870,96 euros, IVA incluido.

La procedencia del recurso especial interpuesto contra el citado acto requiere el análisis previo de dos cuestiones:

En primer lugar, debe determinarse la naturaleza del contrato cuyo anuncio de licitación ha sido impugnado. El apartado I.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante), al definir el régimen jurídico de aplicación, califica el contrato como de obras. No obstante, se ha de estar a otras cláusulas del PCAP y a las disposiciones del TRLCSP para determinar si es ésta la verdadera naturaleza jurídica del contrato.

- Así, el apartado I.1 del PCAP señala que el contrato a celebrar tiene por objeto la redacción del proyecto, ejecución de las obras y explotación del edificio administrativo sobre aparcamiento público subterráneo ubicado en Plaza Marín (Almería).

- De otro lado, el apartado II del citado pliego establece lo siguiente:

1. El presupuesto máximo de licitación asciende a la cantidad de 3.310.870,96 euros, IVA incluido. Dicho presupuesto engloba, entre otros conceptos, los costes de construcción, honorarios de redacción del proyecto, honorarios técnicos facultativos y financiación de la obra. (apartado II.1)
2. El adjudicatario asumirá la financiación de la totalidad de las obras, pudiendo acudir a la financiación privada para hacer frente a sus obligaciones contractuales e hipotecar el derecho real de concesión (apartado II.2)
3. El adjudicatario será retribuido única y exclusivamente mediante los ingresos que obtenga por el arrendamiento y/o explotación del edificio de uso administrativo a construir, estableciéndose un tipo máximo anual de ingresos por dicho concepto de 190.000 euros, IVA excluido (apartado II.3)

- Asimismo, el apartado III del PCAP establece el plazo de ejecución, señalando un mes para la redacción del proyecto básico, dieciocho meses para la ejecución de las obras y veinte años para la explotación de la obra.

- Finalmente, entre los derechos del concesionario, el apartado XI.1 del PCAP reconoce los siguientes: explotar la edificación durante el tiempo de la concesión, utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción y explotación de la obra pública, ceder la concesión e hipotecar la misma, titularizar sus derechos de crédito y cualesquiera otros derechos reconocidos por la ley.

A la vista de los anteriores apartados del PCAP, hemos de concluir que la contratación analizada responde al tipo contractual definido en el artículo 7 del TRLCSP como contrato de concesión de obras públicas, cuyo apartado primero dice así: *“La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (precepto que se refiere al contrato de obras), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como las de conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la*

contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio". Así, en el contrato analizado, el adjudicatario realizará y financiará la obra, previa redacción del correspondiente proyecto, y recibirá como única contraprestación los ingresos derivados del arrendamiento y/o explotación de la obra.

Por otro lado, los derechos del concesionario antes mencionados a que se refiere el apartado XI.1 del PCAP son los que recoge el artículo 245 del TRLCSP para el adjudicatario del contrato de concesión de obra pública y la financiación de la obra, así como la hipoteca de la concesión mencionadas en el apartado II.2 son posibilidades que recoge el TRLCSP en el contrato de concesión de obra pública.

En segundo lugar, debe determinarse cuál sea el valor estimado del contrato, toda vez que el mismo no aparece reflejado en el anuncio de licitación ni en el PCAP, que solo se refieren al presupuesto de licitación, IVA incluido (3.310.870,96 euros).

Respecto al cálculo del valor estimado de los contratos, el artículo 88 del TRLCSP dispone que el mismo vendrá determinado por su importe total, excluyendo el Impuesto sobre el Valor añadido e incluyendo el importe de eventuales prórrogas, opciones y modificaciones contractuales previstas en el anuncio o en los pliegos. Asimismo, en cuanto al contrato de concesión de obra pública, el precepto citado señala que el cálculo del valor estimado debe tener en cuenta el importe de las obras, así como el valor estimado de los suministros necesarios para su ejecución que hayan sido puestos a disposición del contratista por el órgano de contratación.

En el supuesto examinado, el presupuesto de licitación, IVA incluido, que se refleja en los documentos contractuales asciende a 3.310.870,96 euros. Asimismo, en el resumen del presupuesto que aparece en la página 38 del expediente de contratación se indica un IVA del 21%.

Por otro lado, no se establecen opciones. Además, la eventual prórroga en la fase de ejecución de la obra (apartado III del PCAP) no prevé incremento en el presupuesto del contrato. Finalmente, el PCAP tampoco prevé modificaciones en el sentido regulado en el artículo 106 del TRLCP. Por ello, el valor estimado del contrato deber calcularse restando al presupuesto total de ejecución de la obra con redacción previa del proyecto (3.310.870,96 euros), el porcentaje del 21% correspondiente al IVA, lo que supone que el contrato de concesión de obra pública analizado no supere el umbral fijado en el artículo 14 del TRLCSP – 5.000.000 euros- para su consideración como contrato sujeto a regulación armonizada.

Así pues, una vez determinado que el anuncio de licitación se refiere a un contrato de concesión de obra pública no sujeto a regulación armonizada, debe concluirse que no cabe recurso especial frente al mismo, toda vez que el artículo 40.1 a) del TRLCSP solo admite el citado recurso frente a los actos relacionados en el apartado 2 del mismo precepto cuando se refieran – en lo que aquí interesa- a un contrato de concesión de obras públicas sujeto a regulación armonizada que pretenda concertar una Administración Pública o una entidad que ostente la condición de poder adjudicador.

La inadmisión del recurso por no ser susceptible del mismo el acto impugnado hace innecesario el examen de la cuestión de fondo en que aquél se fundamenta.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, **este Tribunal**

RESUELVE

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el **COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE ALMERÍA** contra el anuncio de la Empresa Municipal de Infraestructuras y Servicios, S.A., de 1 de agosto de 2013, por el que se convoca licitación pública para la

“Contratación de la redacción del proyecto, ejecución de obras y explotación del edificio administrativo ubicado en Plaza Marín de Almería”(Expte 3/2013), por haberse interpuesto contra un acto dictado en el procedimiento de adjudicación de un contrato no susceptible de aquél.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada mediante Resolución de este Tribunal de 4 de octubre de 2013.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA