



ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente instruyó expediente de preparación de un contrato de elaboración de proyectos y ejecución de obras de la planta de transferencia de Mazarrón y del centro de interpretación del reciclaje de Ulea, ambas obras recogidas en el Plan Nacional de Residuos, constando en el expediente la siguiente documentación:

1º) Pliego de Bases Técnicas.

2º) Propuesta para la declaración de urgencia, de 7 de julio de 2003.

3º) Propuesta de contratación de 6 de julio de 2003 (Servicio de Vigilancia e Inspección Ambiental), con un presupuesto estimado de 1.375.000 euros.

4º) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de 29 de julio de 2003, aprobado en esa misma fecha

5º) Aprobación del expediente el 30 de julio de 2003.

SEGUNDO.- De las ofertas presentadas fue preseleccionada la propuesta por la entidad U., S.A.(10.2 PCAP y 2.6 del Pliego de bases técnicas), siendo los proyectos elaborados por la misma, supervisados por la Consejería consultante el 1 de diciembre de 2003, dando cuenta de que el valor de obras de la estación de transferencia es de 1.112.620, 25 euros, y las del centro de interpretación del reciclaje, de 248.393, 27 euros. Practicado el replanteo previo (9 de diciembre de 2003), fueron aprobados técnicamente los proyectos, el Consejero suscribió propuesta al Consejo de Gobierno para que le autorizase para la celebración del contrato, y fue ordenada la remisión del expediente a la Intervención General para su fiscalización previa.

TERCERO.- El 29 de diciembre de 2003 la Intervención General emitió informe de fiscalización previa en el que formula los siguientes reparos:

Primero: Sobre la contratación conjunta de elaboración de proyecto y construcción de obra en el caso del centro de interpretación del reciclaje, repara la Intervención General que no está justificada, al entender, hemos de suponer, que no concurre ninguno de los supuestos habilitantes establecidos por el artículo 125.1 LCAP.

Segundo: Sobre la contratación conjunta de dos obras: la del centro de interpretación y la de la estación de transferencia, dice el Interventor General en su reparo que no se cumplen las condiciones que para la licitación conjunta de proyecto y obra establece el Informe 37/1972, de 20 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en especial, que ambas obras no tienen naturaleza semejante y no existe una proximidad zonal que facilite la ejecución.

CUARTO.- El Jefe de Servicio de Vigilancia e Inspección Ambiental emitió informe el 8 de enero de 2004 y, con fecha febrero de 2004, el Consejero consultante suscribe propuesta de acuerdo a elevar a Consejo de Gobierno discrepando de los reparos para que los considere resueltos y, en consecuencia, justificadas tanto la contratación conjunta de proyecto y obra del centro de interpretación del reciclaje como la de las dos obras, propuesta que es sometida a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, que lo emite en sentido favorable (12 de marzo de 2004), y después remitida para Dictamen de este Consejo Jurídico, en cuyo registro

tuvo entrada la consulta el 30 de marzo de 2004.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

La consulta se formula al amparo del apartado 13 del artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ) y, en consecuencia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento seguido y el alcance del Dictamen.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimiento, sin que se aprecien carencias formales. Es un procedimiento de naturaleza incidental, regulado por el RCIM, que se suscita en el seno de otro principal, el de adjudicación del contrato. Esto es importante para comprender el alcance del presente Dictamen que ha de extenderse, exclusivamente, a las cuestiones suscitadas en los reparos formulados por la Intervención General y no aceptados por el Consejero consultante.

TERCERA.- Sobre las discrepancias suscitadas.

I. Sobre la contratación conjunta de elaboración de proyecto y construcción de obra en el caso del centro de interpretación del reciclaje.

Repara la Intervención General que no está justificada la contratación conjunta, al entender, hemos de suponer, que no concurre ninguno de los supuestos habilitantes establecidos por el artículo 125.1 LCAP.

Aduce la Consejería que un edificio que ha de recibir al público asistente a charlas, conferencias y exposiciones debe reunir condiciones de diseño arquitectónico que prestigien al Consorcio de Gestión de Residuos Sólidos (Informe de 8 de enero de 2004, folio 227).

El artículo 125.1 LCAP comienza diciendo que la contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter *excepcional* y *sólo* podrá aplicarse en los supuestos siguientes: 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.

La Junta Regional de Contratación Administrativa, en informe 7/2000, de 10 de noviembre, ha interpretado que por "sistema constructivo" (apartado a), artículo 125.1 LCAP) debe entenderse la forma o manera de llevar a cabo la ejecución de las obras, lo que puede ir acompañado del empleo por los licitadores de tecnologías de construcción distintas, tales como el uso de elementos prefabricados, pretensados, postensados, etc.; utilización de procedimientos de encofrado fijo, deslizante, etc.; empleo de procesos constructivos automatizados; y, en definitiva, de técnicas de construcción que pueden llegar a ser decisivas en la concepción del proyecto. En cuanto al supuesto b) del apartado 1 de se mismo artículo 125 LCAP, dice la Junta Regional, se refiere a los casos en que las características de las obras propician que los licitadores puedan aportar soluciones técnicas que mejoren o resuelvan los planteamientos previos efectuados por la Administración, sin desvirtuar de forma esencial las bases a las que debe ajustarse la obra. Las obras susceptibles de incluirse en este supuesto serán aquellas en las que es posible tener distintas alternativas y se considera necesaria la colaboración de los licitadores para definir el objeto del contrato. Tal situación se presenta cuando los licitadores pueden proporcionar concepciones propias de la obra que dan lugar a proyectos diferenciados. Así pues, no estaría justificado este tipo de concurso en contratos cuya ejecución es simple o en aquellos cuyo objeto es similar al de otros ya ejecutados y se puede establecer su objeto de acuerdo con la experiencia obtenida.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por su parte, en informe 49/1999, de 21 de diciembre, dice que la contratación conjunta de proyecto y obra se aparta de lo que puede estimarse normal en la doctrina legal de la contratación administrativa y, por consiguiente, requiere una justificación. Es deseable, ha sostenido la citada Junta, que proyecto y licitación de obras no aparezcan vinculados.

El centro de interpretación del reciclaje, según se define en el Pliego de Bases Técnicas, es un edificio en dos alturas de unos 300 metros cuadrados construidos, con acceso independiente para cada planta, que estarán comunicadas interiormente; se describe la distribución interior de la planta primera, que se compone de un aula para 60 personas, un vestíbulo, aseos y armario para material didáctico; la segunda planta se compone de dos despachos, una sala de juntas, aseos y un armario para material de limpieza.

A la vista de lo expuesto y de la sencillez con que las bases conciben el centro de interpretación del reciclaje, este Consejo Jurídico considera que el reparo de la Intervención se ha formulado aplicando adecuadamente la normativa y teniendo en cuenta la doctrina expuesta. En efecto, si bien la excepcionalidad de acudir a la contratación conjunta de proyecto y obra no ha de ser observada con extremo rigor, ni los motivos legales habilitantes han de ser interpretados con exagerada literalidad, sí ha de convenirse que, por laxa que fuera la interpretación, las razones de acudir al procedimiento de contratación conjunta han de coincidir, con mayor o menor acomodo, con alguna de las señaladas por el artículo 125.1 LCAP. En el supuesto del expediente consultado ello no ocurre, puesto que se aducen criterios de mero diseño arquitectónico que pueden justificar el concurso de proyectos del artículo 216 LCAP, o la selección del contratista por concurso, como en el expediente se hace, pero que no se encuentran entre las causas del artículo 125.1 ya citado, porque no se conecta dicho diseño con la dificultad o imposibilidad de la Administración para definir el objeto del contrato. Cabe entender, además, que cualquier obra es susceptible de generar diversos tratamientos de diseño y, de interpretarse en ese sentido literal, quedaría contradicha la excepcionalidad a que se refiere el apartado 1 del citado art. 125.

II. Sobre la contratación conjunta de dos obras: la del centro de interpretación y la de la estación de transferencia.

Dice el Interventor General en su reparo que no se cumplen las condiciones que para la licitación conjunta de dos obras establece el Informe 37/1972, de 20 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en especial, que ambas obras no tienen naturaleza semejante y no existe una proximidad zonal que facilite la ejecución.

Alega la Consejería consultante que ambas obras, aunque sean distintas, llevan una parte de obra civil común (cemento, conducciones, movimiento de tierras...), y que el presupuesto del centro de interpretación del reciclaje representa un 18,25 del total de las obras, no afectando la unión de ambos ni a la categoría, grupos, y subgrupos exigibles a la clasificación del contratista, que sería la misma que le hubiera correspondido a la planta de transferencia de haberse licitado sola. Se aduce, incluso, que ambas obras pueden considerarse una obra completa, dada su complementariedad (folio 223).

Antes de comenzar con el análisis del cuadro normativo aplicable es necesario destacar los efectos que produce la contratación conjunta de ambas obras, al hilo de las razones expuestas por la Consejería consultante, resultando de ello las siguientes observaciones:

1º) En primer lugar, la unión de ambas obras no puede considerarse una obra completa en el sentido del artículo 68 LCAP, sino que cada una de esas obras, aisladamente consideradas, es una obra completa, ya que son susceptibles de ser entregadas al uso o servicio para el que han sido concebidas, sin perjuicio de que tengan una funcionalidad complementaria derivada de estar ambas comprendidas entre las aprobadas por el Plan Regional de Residuos.

2º) En cuanto a la clasificación exigible al contratista, la propuesta en el expediente es la "G 4 e" (viales y pistas/firmes de mezclas bituminosas), "I 6 e" (instalaciones eléctricas/baja tensión) y "J 5 e" (instalaciones mecánicas/sin cualificación específica), todas ellas con una anualidad media superior a 840.000 euros y no superior a 2.400.000 euros. No se advierte en cual de estos subgrupos y categorías de clasificación se comprende la obra correspondiente al centro de interpretación del reciclaje el cual, siendo una obra de edificación, presenta una singularidad netamente diferenciada de la planta de transferencia y debiera dar lugar a una exigencia de clasificación propia, acorde con lo expuesto en el artículo 36 RGCAP. Así pues, si bien pudiera admitirse que la acumulación de las dos obras en un contrato único no altera la clasificación que sería exigible al contratista de licitarse sólo la planta de transferencia, también es cierto que sí se altera sustancialmente la clasificación que sería exigible de licitarse sólo el centro de interpretación.

El Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dice en su artículo 2.1 que *"podrán celebrarse contratos con pluralidad de objeto, pero cada una de las prestaciones deberá ser definida con independencia de las demás"*. Sobre tal base normativa, que ya se contenía en el Reglamento anterior, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el Informe anteriormente mencionado (37/1972, de 20 de septiembre), indicó que nada se opone en nuestro derecho vigente a la contratación conjunta de varios proyectos de obras para su ejecución, siempre que cada unidad de obras cuente con un proyecto independiente aprobado. La Junta desarrolla su informe para obtener criterios respecto a *"la práctica administrativa para el mejor planteamiento de estas figuras contractuales"*, para lo cual acomete exponer *"un modo de proceder aconsejable"* que se compone de las siguientes reglas: a) Que las obras tengan un carácter homogéneo, es decir, que los proyectos tengan una naturaleza semejante y no exista gran diferencia entre las características de unos y otros; b) que su agrupación se realice por zonas; c) que el Pliego sea único y la proposición de la empresa también, y finalmente, que durante el desarrollo de la obra cada proyecto observe su singularidad. En otro informe del mismo año 1972 (el número 7, de 30 de junio), la Junta expresa, por otra parte, que no es oportuno sacar simultáneamente a licitación en un solo contrato 6 lotes que engloban 46 edificios diferentes: un mejor planteamiento de estos contratos -dice la Junta- aconseja que los lotes se saquen a licitación sucesivamente, pues ello favorece un mejor estudio de las ofertas, una mayor concurrencia y una mejor colocación de las obras en el mercado.

A la vista del precepto reglamentario el Consejo considera que es posible la licitación conjunta de obras, puesto que el supuesto está expresamente admitido por el vigente Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en tal sentido, lo reconoce la Junta Consultiva en el Informe ya expresado, así como la jurisprudencia (STS de 13 de octubre de 1987). Tal afirmación es posible hacerla con carácter general pero, para el caso concreto, es necesario comprobar que sus características responden a un supuesto encajable en los términos legales, no sólo en los reglamentarios: es decir, es necesario asegurar que la acumulación de obras no atenta contra postulados normativos de rango superior, nacionales o comunitarios.

A tal respecto conviene recordar que la LCAP, en su artículo 11.1, recoge los principios de publicidad y concurrencia, admitiendo sólo las excepciones establecidas en la propia Ley; acompaña tales principios de los de igualdad y no discriminación. La jurisprudencia ha venido manifestando reiteradamente que *"en la contratación administrativa -en su regulación-, existe una idea básica, un principio general: el de garantizar la igualdad de oportunidades de los administrados"* (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 abril 1983), y que *"la libertad de concurrencia es un principio institucional de la contratación pública, como evidencia el*

artículo 66 del Reglamento de Contratos del Estado (hoy art. 11 TRLCAP), de suerte que cualquier restricción de la misma, bien en las condiciones administrativas o en las prescripciones técnicas, tiene que venir exigida por la naturaleza de las obras o servicios y ser objeto de motivación" (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de julio de 1994). En aplicación de ese principio, la STS de igual Sala, de 21 mayo 2001, ha especificado que "el Ayuntamiento (...), al exigir a las empresas licitadoras una clasificación improcedente, impidió, a las que no la tuvieran, tomar parte en la subasta. El procedimiento de adjudicación estaba viciado por lo que lo pertinente era, una vez anulada la adjudicación provisional, convocar nueva subasta, en la que se suprimiese el requisito de clasificación en el Subgrupo 6 del Grupo E exigido indebidamente".

Abundan en ello las SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de septiembre y 28 de noviembre de 2000, siendo destacable que, para la última, *"los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación son la publicidad, la competencia, la contradicción y la igualdad de oportunidades para los licitadores (...), y tales principios tienen un contenido normativo inferido del análisis de los artículos 1.1, 14 de la Constitución, 1º del Código Civil, 5º de la Ley Orgánica del Poder y 3º del Título Preliminar del Código Civil".*

En fin, es un principio general de la normativa contractual, española y comunitaria, que *"el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el presupuesto de la publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos"* (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de septiembre de 2000).

Teniendo en cuenta lo expuesto, debe considerarse ajustado a derecho el reparo de la Intervención General, ya que cabe estimar que la acumulación de las dos obras en un contrato es una restricción al principio de libre concurrencia del artículo 11 TRLCAP sin causa que lo justifique, ya que dichas obras tienen naturaleza netamente diferenciada y una distancia geográfica que no justifica su unión contractual. Del expediente tramitado resulta que se perciben efectos no deseados por la legislación contractual, como son la eliminación de cuantas licitadoras con capacidad y solvencia hubieran podido concurrir a la obra del centro de interpretación, si éste se hubiese licitado aisladamente, eliminación que resulta de la clasificación exigida al contratista. Se advierte, pues, infracción de los principios legales de libre concurrencia y de no discriminación (art. 11.1 LCAP), lo cual hace que el procedimiento, en cuanto a estos aspectos, haya incurrido en anulabilidad (art. 63 LCAP).

CUARTA.- Sobre la conservación de efectos producidos.

En atención a que la relación contractual ha comenzado ya a surtir ciertos efectos, aunque no sean definitivos, mediante el expediente técnico de la "selección del contratista" (obligado, entonces, a la elaboración de los proyectos, según la cláusula 2.6 del Pliego de bases técnicas), el análisis de la cuestión suscitada en la discrepancia debe extenderse no sólo a las consideraciones - ya expuestas- de validez, en virtud de las cuales la cláusula 2.1 del Pliego de bases técnicas (Objeto) es calificada como parcialmente anulable, sino que también han de tenerse en cuenta los efectos antedichos, ya desplegados y, en consecuencia, observar la relación desde tal perspectiva.

La contemplación del asunto resulta obligada desde tal ángulo, en primer lugar, por el principio general de conservación de actos (art. 63 LCAP y 66 LPAC) y de los efectos de aquellos sobre los que pudiera recaer declaración de anulabilidad, ya que el contratista seleccionado ha dejado de ser un mero licitador, aunque todavía no sea plenamente contratista al no haber adjudicación, afirmación que tiene apoyo en lo que dispone el artículo 122, párrafo segundo

LCAP, según el cual la ejecución de la obra queda sometida a la condición legal de que la Administración apruebe el Proyecto. El licitador ha realizado actividad de cumplimiento de la prestación impuesta al "seleccionado", como es la elaboración de los proyectos, ambos aprobados técnicamente por la Consejería, prestación que le constituye en acreedor de la Administración, ya que nos encontraríamos en el supuesto previsto por el artículo 65 LCAP, considerando firme la adjudicación al contratista del encargo de elaboración de proyectos. Así pues, al haber cumplido tal encargo a satisfacción de la Administración la obligación administrativa de pago existe porque no son imputables al "contratista seleccionado" las irregularidades manifestadas por el Interventor General, supuesta además su buena fe. Por otra parte, cabe entender no cuestionados por el informe fiscal los efectos que el expediente de contratación ha previsto en cuanto a la inclusión en el mismo de la obra relativa a la planta de transferencia y su proyecto, obra principal cuya clasificación ha sido expresamente incluida en el expediente; y ello es así porque, como ya se adelantó en la anterior Consideración, si bien puede admitirse que la acumulación de las dos obras en un contrato único no altera la clasificación que sería exigible al contratista de licitarse sólo la estación de transferencia, también es cierto que sí se altera sustancialmente la clasificación que sería exigible de licitarse sólo el centro de interpretación del reciclaje. Ello quiere decir, por tanto, que la irregularidad manifestada por la Intervención General ha desplegado efectos limitativos de la libre concurrencia sólo en cuanto a la obra del centro de interpretación del reciclaje, pero no en cuanto a la estación de transferencia de Mazarrón y, en consecuencia, lo actuado respecto a ésta merece ser conservado al no estar sujeto a tacha legal. En síntesis, los reparos de la Intervención no permiten entender cuestionada la contratación de los proyectos y de la obra de la estación de transferencia de Mazarrón, aunque sí de la obra del centro de interpretación del reciclaje, de la cual debiera desistir la Consejería, con los efectos resolutorios previstos en el artículo 151 LPAC, y licitar nuevamente sobre la base del proyecto aprobado. En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No procede elevar a Consejo de Gobierno la propuesta de Acuerdo que considera justificada la contratación conjunta de proyecto y obra del centro de interpretación del reciclaje y la licitación en un único contrato de las obras de éste y de las del centro de transferencia de Mazarrón.

SEGUNDA.- Procede, en su lugar, que el Consejo de Gobierno confirme los reparos formulados por la Intervención General y ordene a la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente que los subsane mediante las actuaciones señaladas en la Consideración Cuarta. No obstante, VE. resolverá.