

ILMO. SR.:

Habiendo tenido conocimiento del anuncio de la licitación para la Dirección de obra, coordinación de seguridad y salud y asistencia técnica para las obras del "Proyecto de obra para la renovación del centro de distribución de energía eléctrica en alta tensión y subestación en Talleres Hermanos Machado" en el marco del programa Edificant de la Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport", publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público del pasado 29 de septiembre de 2023 (Expte. 23/051), y dentro del plazo legal que se concede en el artículo 50 de la Ley de Contratos del Sector Público, formulamos el presente **RECURSO DE REPOSICIÓN** en base a los siguientes

FUNDAMENTOS

PRIMERO.- LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL CTAV.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, que dispone: "*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*".

El artículo 24 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, establece en su párrafo primero: "*Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados*".

La entidad recurrente es una Corporación de Derecho Público representativa de los intereses profesionales de los colegiados, de acuerdo con sus Estatutos, por lo que persigue la defensa de los intereses de sus fines colegiales, siendo claro que su objeto está relacionado directamente con el del objeto del contrato.

En este sentido, citar la reciente Resolución de este Tribunal, Resolución 351/2017, de 21 de abril en la que se pone de manifiesto: "A este respecto, y citando, por todas, la Resolución 654/2015, de 10 de julio, cabe señalar lo siguiente: "Ya en la Resolución 232/2012, de 24 de octubre, el Tribunal reconoció a las Corporaciones de Derecho Público (en aquél caso concreto, a un Colegio Profesional), 'legitimación para recurrir las disposiciones generales y actos que afectan a intereses profesionales, siempre y cuando tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el acto impugnado (SSTS, entre otras, de 24 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2888], 22 de mayo de 2000 [RJ 2000, 6275], 31 de enero de 2001 [RJ 2001, 1083], 12 de marzo de 2001 [RJ 2001, 1712] y 12 de febrero de 2002 [RJ 2002, 3160])'. Y, como se indicó en la más reciente Resolución 465/2015, de 22 de mayo, '... la jurisprudencia y también la doctrina de este Tribunal ha reconocido la legitimación de los Colegios Profesionales para impugnar aquellas disposiciones o actos de naturaleza contractual que pudieran afectar a sus intereses profesionales, si bien precisando que tan amplia legitimación no puede suponer en ningún caso el reconocimiento de una suerte de acción popular que habilite a las Corporaciones de Derecho Público para intervenir en cualquiera cuestiones sin más interés que el meramente abstracto de defensa de la legalidad supuestamente violada. Lo cual se ha traducido en la práctica en el reconocimiento de su legitimación activa para impugnar los Pliegos en defensa de los intereses profesionales de sus afiliados.'"

Y la última Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 13 de mayo de 2023, núm. 580/2023, dispone en su Fundamento de Derecho Cuarto lo siguiente:

"Cuarto. Según el artículo 48 LCSP, la legitimación para interponer este recurso alcanza a 'cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso'".

Sobre la legitimación de las corporaciones de derecho público y, en particular, de los colegios profesionales, es doctrina de este Tribunal la contenida, entre otras, en Resoluciones como la 155/2022, de 3 de febrero en la que, con cita de resoluciones anteriores y de jurisprudencia del Tribunal Supremo, la hemos admitido 'siempre y cuando tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el acto impugnado (...) Lo cual se ha traducido en la práctica en el reconocimiento de su legitimación activa para impugnar los Pliegos en defensa de los intereses profesionales de sus afiliados' de modo que: 'la clave para apreciar la legitimación de este tipo de sujetos de derecho público está en que el recurso redunde en beneficio de los intereses profesionales que le son propios'.

En el caso que nos ocupa es claro que las censuras efectuadas al pliego, inciden sobre las condiciones de acceso de los arquitectos a la licitación, por lo que es forzoso reconocer dicha legitimación. Por otro lado, ésta no es discutida por el órgano de contratación."

Pues bien, figurando entre los fines de esta Corporación la defensa de los intereses profesionales de sus miembros, ha de entenderse, conforme a la doctrina citada, que ostentan legitimación cuando aquello que impugnan incide directamente en los intereses profesionales de sus representados, pero no cuando persiguen la impugnación del contrato licitado por meras razones de legalidad.

SEGUNDO.- RECURRIMOS EL PLIEGO DE CONDICIONES ADMINISTRATIVAS, EN LAS CONDICIONES DE LA SOLVENCIA TÉCNICA (a través de los miembros de su equipo), EN LA QUE SE PIDE A LAS EMPRESAS DE NUEVA CREACIÓN, EN CONTRA DEL ARTÍCULO 90.4 DE LA LEY DE CONTRATOS, TENER EXPERIENCIA.

Aunque el pliego de condiciones sí habla de las empresas de nueva creación, la manera en la que se ha redactado impide a las empresas de nueva creación su incorporación a este concurso, pues les exige tener en su organización, tener arquitectos con una determinada experiencia, lo que sin duda alguna deja nuevamente fuera a las empresas o arquitectos que no tenga esos técnicos experimentados. Así pues, con esta condición de experiencia se limita el acceso a muchos arquitectos noveles.

Los pliegos tal cual redactados impedirían a un arquitecto que quisiera presentarse como persona física, no podría hacerlo pues debería de contratar técnicos con la experiencia requerida con solvencia técnica.

En concreto el pliego dice para las empresas de nueva creación:

“El criterio anterior no es de obligada aplicación a empresas de nueva creación (menos de 5 años) por lo que éstas podrán optar por acreditar su solvencia mediante la indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato. Criterio de selección: el personal comprometido en la adscripción de medios personales debe haber participado en, al menos 2 servicios de igual naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, por importe igual o superior a 400.000,00 € (cada uno de los proyectos/obras)”..

Es decir, están pidiendo personal con experiencia en trabajos iguales o similares. Luego se vuelve al criterio de la experiencia del artículo 90.1 de la LCSP, lo que se debe de considerar contrario al 90.4 de la LCSP. ¿Qué ocurre, que será lo normal que un arquitecto que decida concurrir solo? No es por tanto eso lo que persigue la Ley, si no la posibilidad de que pueda concurrir cualquier arquitecto colegiado, cuestión distinta será que después no cumpla con los criterios de adjudicación. Es un criterio que limita el acceso al concurso y conculca la Ley de Unidad de Mercado y las reglas de la libre competencia.

Con esta redacción de los pliegos, lo que se está volviendo es a la regulación anterior y que precisamente, constituye una novedad en la actual Ley de Contratos del sector público 9/2017, pues volver a introducir un criterio de experiencia, que el propio artículo 90.4 rechaza, encubriéndolo dentro del personal que debe trabajar para este contrato, **constituiría un fraude de ley.**

El acto fraudulento debe busca, como es el caso, un fin condenado por otra norma del ordenamiento (dotar de experiencia a las empresas de nueva creación, en este caso al arquitecto). Esta figura jurídica aparece regulada en el artículo 6.4 del Código Civil y en el 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 6.4 del Código Civil: Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Esto se debe a que con esta técnica **se intenta demostrar una legalidad aparente** y, por el contrario, no se pretende cometer una infracción directa, lo que implicaría la nulidad radical del acto o negocio jurídico realizado.

Artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: *“Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.*

En definitiva, se trata de **camuflar o disfrazar una conducta como si fuera otra para burlar una norma**. El Código Civil sanciona esta técnica de aplicación de una norma jurídica, una maniobra que la jurisprudencia suele calificar como “pseudo legal.

Y el artículo que se pretende eludir de la LCSP art. **90.4 de la LCSP dice:** *“En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios”*

No incluir esta cláusula en el sentido de la propia Ley, que por otro lado es obligatorio en este tipo de contrato, supone una vulneración del principio de concurrencia, vinculado al de igualdad y no discriminación (artículo 1º de la LCSP), puesto que a través de estos, se garantiza que participen de los procedimientos de licitación el mayor número posible de licitadores en igualdad de condiciones, y sin dejar fuera a los que no tienen aún esa experiencia.

Y el artículo 1 de la LCSP establece:

“Objeto y finalidad.

*La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y **no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores**; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”*

TERCERO.-PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Mediante el principio de igualdad de trato y no discriminación se exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes. Se pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública. **Es exigible que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades** al formular los términos de sus ofertas y que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

En este sentido la Sala de lo Contencioso-Administrativo indica que entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación que tiende a garantizar el interés público mediante la articulación de tres principios cardinales de la licitación: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades. Por consiguiente, el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación son principios fundamentales que deben respetarse en todo caso y a lo largo de todo el proceso de contratación.

La LCSP 2017 dedica el primero de sus preceptos a los principios generales de la contratación pública y así establece en su apartado 1 que la norma tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores

El Título I de 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 se intitula "Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales" y dedica su artículo 2 GIMENO FELIU, "Las nuevas Directivas –cuarta generación en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", REDA núm. 159 (2013), págs. 25 y ss. Gabilex Nº Extraordinario Marzo 2019 <http://gabilex.castillalamancha.es> 23 18 a los "Principios de la contratación" para establecer *que "los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia"*.

Principios reconocidos por el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia" y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición de motivos de la Directiva 2014/24 (considerandos 12, 31, 40, 58, 68, 101, 114 y 136) 5. Así lo exigen distintos preceptos de los tratados de derecho originario, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal (STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH)7. El TJUE ha reiterado que el principio de igualdad de trato de los licitadores, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, y el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos.

Y recientemente en **la resolución número 1416/2021 del Tribunal administrativo central de recursos contractuales de 22 de diciembre de 2021, interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos de la Comunidad Valenciana**, en el que el fallo textualmente dice:

"Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. Luis Miguel Sendra Mengual, en representación del COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (COACV), contra los pliegos de la licitación convocada por la Gerencia de Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana para contratar los "Trabajos de consultoría y asistencia técnica consistentes en la redacción del proyecto constructivo y dirección de obra de adecuación de las rejillas de ventilación en Metrovalencia para la disminución de ruido", expediente 21/044, que se anulan por no incorporar los criterios de solvencia alternativos exigidos por el artículo 90.4 de la LCSP, con retroacción de actuaciones al momento anterior a la aprobación del PCAP."

O más recientemente en el **Recurso nº 299/2022 C Valenciana 83/2022 Resolución nº 415/2022 Sección 2ª RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES En Madrid a 31 de marzo de 2022**, dictado en el mismo sentido.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITO a VI, tenga por presentado **Recurso de Reposición** en tiempo y forma, y acuerde corregir el pliego de condiciones en el sentido solicitado, en el que desaparezca la contratación de arquitectos con la experiencia requerida a su equipo técnico, suspendiendo el plazo para la adjudicación del concurso.

En València, a 5 de octubre de 2023

SR. DIRECTOR-GERENTE DE FERROCARRILS DE LA GENERALITAT VALENCIANA.