

Expt: 22162P

C/1/9634/2022

MMG

**CUADRO DE CARACTERÍSTICAS DEL PTCAP PARA ADJUDICAR EL CONTRATO DE SERVICIO DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD Y DIRECCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO: “MEJORA DE LA SEGURIDAD VIAL E ITINERARIO CICLO-PEATONAL DE LA CARRETERA CV-567, EN LOS T.M. DE CERDÁ, VALLÉS Y XÁTIVA (VALENCIA)” MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO**

Por parte de Subsecretaría se solicita informe jurídico sobre el anexo referenciado. De conformidad con lo dispuesto en el 5.2 de la Ley 10/2005 de 9 de diciembre, de Asistencia Jurídica a la Generalitat Valenciana, en relación con el **art 122.7 LCSP**, se emite informe **preceptivo** con arreglo a las siguientes

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA: OBJETO DE INFORME Y LEGISLACIÓN APLICABLE**

Es objeto del presente informe el cuadro de características particulares para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto simplificado, del contrato de servicio consistente en la coordinación de seguridad y salud y dirección de las obras de construcción del proyecto “mejora de la seguridad vial

e itinerario ciclo peatonal de la carretera CV-567 en los términos municipales de Cerdà, Vallés y Xàtiva”.

Es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Los pliegos tipos deben ir adaptándose a las distintas modificaciones legales. En el presente informe nos limitamos a informar el Anexo I.

Respecto a estas adaptaciones a las modificaciones legales, debe tenerse en cuenta que la entrada en vigor del **Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo**, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, debería dar lugar a la revisión de alguno de los anexos del PTCAP relativo al tratamiento de datos de carácter personal en el hipotético caso de que hubiera que tratar dichos datos y que la **Ley 1/2022, de 13 de abril**, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana ha introducido la obligación de que se haga constar de forma expresa en los pliegos la obligación de informar de todo lo que sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones de la nueva ley de transparencia.

A estos efectos, el art 5.1 y 2 de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana (precepto que ya ha entrado en vigor) establece:

“Art 5. 1. Las personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos, que ejerzan funciones delegadas de control u otro tipo de funciones administrativas o lleven a cabo actividades cualificadas como servicios de interés económico general están obligadas a suministrar a los sujetos del artículo 3 a los que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellos de las obligaciones previstas en esta ley.

Esta obligación se extiende a todas las partes adjudicatarias de contratos del sector público y a las personas beneficiarias de las subvenciones, en los términos que se prevé en el respectivo

contrato y las bases reguladoras de las subvenciones y la resolución de concesión de estas, sin perjuicio de las obligaciones de publicidad activa previstas en el artículo 4 de esta ley.

2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares, o documento contractual equivalente, y las bases reguladoras de las convocatorias, los convenios y las resoluciones de concesión de ayudas y subvenciones deben **recoger de forma expresa esta obligación, así como los medios para su cumplimiento y los mecanismos de control y seguimiento**. Sin perjuicio de ello, la no inclusión de esta obligación en estos instrumentos no exime de su cumplimiento.”

Y el art 20 de dicha ley (precepto que entrará en vigor al año de la publicación de dicha ley en el DOGV) establece qué información de darse sobre contratación pública estableciendo su apartado cuarto que la exigencia de transparencia contenida en el art 20 tiene que quedar expresamente incluida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

También deben incluir los pliegos la aplicación de los principios y normas del código ético o de conducta que apruebe el Consell con arreglo a lo dispuesto en el art 55.2 y 3 de la Ley 1/2022.

Por lo que recomendamos, en observaciones, se haga referencia a la Ley 1/2022, dado que todavía no se han adaptado los pliegos tipos a lo dispuesto en la misma. Consta esta referencia.

## **SEGUNDA: SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO**

Estamos ante un contrato de servicio de coordinación de seguridad y salud y dirección de unas obras. Respecto la justificación de la necesidad de realizar este contrato, debe hacerse en los términos exigidos por la LCSP, en concreto por los arts 28 y 116 de la LCSP, siendo uno de los principios que inspiran la contratación pública la **eficiente** utilización de los fondos públicos mediante la definición previa de las necesidades públicas a satisfacer.

A estos efectos consta en el expediente remitido los siguientes informes justificativos de: la necesidad del contrato; del procedimiento elegido; de los criterios de adjudicación, solvencia y condiciones especiales de ejecución; del valor estimado del contrato; de la no división en lotes y de la insuficiencia de medios.

### **TERCERA: SOBRE EL CONTENIDO DEL ANEXO I**

Tras analizar el contenido del Anexo I, realizamos las siguientes observaciones:

a.- En el **apartado A** se hace referencia al art 15.3 de la Ley 10/2010. Recordamos que esa ley ha sido derogada por Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana, por lo que debe corregirse.

b.- En el **apartado E**, cuando se refiere a *“OTROS COMPONENTES DEL VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO”* se establece:

*“No se contemplan prórrogas ni modificaciones previstas.*

*Las posibles demoras del contrato, consecuencia de retrasos en la información o autorizaciones proporcionadas por terceros, no implicarán un incremento del presupuesto. En estos casos se suspenderá la ejecución del contrato.”*

Cuando hace referencia a que, en estos casos, se suspenderá la ejecución del contrato, debe establecerse: *“En estos casos, si procede, se suspenderá la ejecución del contrato en los términos previstos legalmente.”*

En efecto, es necesaria la corrección a efectos de evitar que se entienda que se reconoce una suspensión automática o implícita. A estos efectos, recordamos que la suspensión de un contrato tendrá lugar cuando se dicte resolución acordando la suspensión en los términos exigidos por la LCSP.

c.- En el **apartado L**, al regular la adscripción de medios personales exige, entre otros medios personales, los siguientes:

*“Un Ingeniero/a de Caminos o Ingeniero/a Técnico de Obras Públicas, responsable del contrato por parte del Contratista, o titulaciones equivalentes, homologadas en el Estado español, con experiencia mínima de diez años en trabajos similares a los descritos en el pliego y con las dedicaciones a este contrato indicadas en el apartado R de este anexo para el “ICCP o ITOP director/a de Obra”.*

◦ *Un Ingeniero/a Técnico de Obras Públicas o titulación equivalente, homologada en el Estado español, y Coordinador/a de Seguridad y Salud con un mínimo de diez años de experiencia en trabajos similares a los descritos en el pliego y con las dedicaciones a este contrato establecidas en el apartado R de este anexo para el/la “ITOP Coord S&S”.*

◦ *Un Ingeniero/a Técnico Topógrafo o titulación equivalente, homologada en el Estado español, con un mínimo de diez años de experiencia en trabajos similares a los descritos en el pliego y con las dedicaciones a este contrato establecidas en el apartado R de este anexo para el “Equipo Topografía”.*

Sobre esta adscripción de medios, realizamos las siguientes observaciones:

1º.- La redacción dada entendemos está permitiendo únicamente el título universitario oficial de grado, más título oficial de máster universitario que actualmente habilita para ejercer las competencias de **ingeniería de caminos, canales y puertos** y de **ingeniería técnica de obras públicas** para la figura del director/a de obras y de ingeniería técnica de obras públicas para la figura de coordinador/a de seguridad y salud. En efecto, aunque hace referencia “a titulaciones equivalente” se refiere expresamente, en dicho apartado, y en otros del cuadro de características (apartado E, R, doble L sobre valor estimado, plazos de ejecución y criterios de adjudicación respectivamente) a esas dos titulaciones (ICCP o ITOP).

Por lo que si efectivamente se permite otras titulaciones, que es lo deseable desde el punto de vista de la concurrencia, deberá delimitarse qué se entiende por “titulación equivalente” y obviar la referencia a ICCP e ITOP en otros apartados del pliego.

2º.- A estos efectos, entendemos es mucho más respetuoso con el principio de competencia que se permita cualquier titulación que habilite para ejercer las funciones de director/a de obra y coordinador/a de seguridad y salud.

Al respecto, recordamos que la LCSP permite optar por la exigencia de unas titulaciones concretas, pero, según la doctrina y jurisprudencia, para poder establecerse un **monopolio competencial** deberá justificarse claramente en el expediente las razones por las que profesionales con otras titulaciones no podrían realizar adecuadamente el contrato.

A estos efectos recordamos que son muchas las titulaciones existentes hoy y muy variadas. A título de ejemplo, destacamos: grado en arquitectura naval e ingeniería marina; grado en ingeniería civil; grado en ingeniería civil en construcción civil; grado en ingeniería de edificación; grado en ingeniería civil y territorial; gado en ingeniería del medio natural ...

En este sentido, la resolución del **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1511/2019, de 26 de diciembre**, recuerda que *“la doctrina jurisprudencial es contraria a las reservas de actividad en favor de determinadas profesiones o titulaciones, en lugar de valorar individualmente las competencias concretas de cada uno de los profesionales (por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de marzo de 2019, recurso 110/2016)”*.

En el mismo sentido, **la resolución n.º 820/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 11 de septiembre de 2015** ha establecido: *que la reserva competencial a una profesión, como la ahora pretendida en el pliego impugnado sólo para los de Cartografía y Geodesia o de Caminos, Canales y Puertos, debe ser objeto de interpretación restrictiva.*

*En efecto, si acudimos a la doctrina jurisprudencial dictada en esta materia, de su examen cabe destacar una idea fundamental: frente al principio de exclusividad y monopolio competencial ha de prevalecer el principio de “libertad con idoneidad” (por todas, STS de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987,8685), de 27 de mayo de 1998 (1998,4196), o de 20 de febrero de 2012 (JUR 2012,81268), principio este último coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988 y de 16 de septiembre de 1999), debiendo dejarse abierta la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar (STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007,6693)).*

En este sentido, en la STS de 22 de abril de 2009 (RJ 2009,2982) se afirma lo siguiente: “[...] Con carácter general la jurisprudencia de esta Sala vienen manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de **rechazo de esa exclusividad**, pues [...] la jurisprudencia ha declarado con reiteración que **frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad**, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido”.

Es importante destacar que no se trata del reconocimiento de un derecho a la igualdad de todos los profesionales, sino de aquéllos que tienen la “capacidad técnica real para el desempeño de las respectivas funciones”. En definitiva, **la jurisprudencia rechaza el monopolio de competencias a favor de una profesión técnica determinada al mantener la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un determinado nivel de conocimientos técnicos**.

Idéntico criterio ha sido mantenido por este Tribunal en Resoluciones 112/12, de 16 de mayo de 2012 y 310/2013, de 24 de julio de 2013, citadas todas ellas en la nº 595/2015.

La exigencia del perfil técnico preceptuado en el pliego, como condición mínima de capacitación de las licitadoras, puede entrar en contradicción con la doctrina esgrimida, y colisiona con el principio de no exclusividad o monopolio de las áreas profesionales.

En este sentido, el requerimiento en la solvencia técnica de un determinado profesional cualificado como un Ingeniero Geodésico o un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos **provoca una restricción injustificada de concurrencia** para otras licitadoras que cuenten con facultativos que sin ostentar dichas titulaciones, tengan una competencia profesional adecuada para el desempeño de las prestaciones objeto del contrato de servicios, el deslinde del dominio público hidráulico.

La **concreción en la solvencia técnica de una cualificación profesional específica** -apartado 14.3.2 del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares -, vulnera los principios propios de estos procedimientos de concurrencia competitiva que han de estar siempre inspirados

*en la igualdad y no discriminación de los licitadores. Por ello, y siguiendo la doctrina jurisprudencial que impide la exclusividad en el ámbito profesional procede declarar la nulidad de la cláusula impugnada por atentar a dichos principios legales amparados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.*

Asimismo, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo nº 732/2017, de 28 de abril, establece: (...) *con carácter general la jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues, como se recoge en aquella sentencia, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad , ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido.*

Por lo que debe justificarse las razones por las que la titulación de ingeniero de caminos, canales y puertos y la de Ingeniero/a Técnico de Obras Públicas es la única que habilita para la dirección de la obra objeto de la presente licitación. Asimismo, debe justificarse que, la exigencia de la experiencia mínima de 10 años a distintos miembros del equipo mínimo en trabajos similares a los descritos en el pliego y con las dedicaciones previstas en el pliego, no limita la participación de las empresas en la licitación.

A estos efectos, el art 76.3 de la LCSP exige que la adscripción de medios sea razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación.

En el expediente que rige la presente licitación no se ha justificado que dichas titulaciones concretas son las únicas que habilitan para ejercer el contrato, ni que la experiencia exigida no limita la participación de las empresas en la licitación.



d.- En el **apartado L**, al regular la adscripción de medios materiales remite a los indicados en el apartado 5 del PPT. Recomendamos se especifiquen en el cuadro de características (Anexo I) cuales son estos medios materiales, sin remitir al PPTP.

#### **CUARTA: SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS**

Estamos ante un contrato de servicios. Esta licitación entraña, por tanto, prestaciones personales. A estos efectos, recordamos que ninguna de las prestaciones objeto de contrato podrá suponer ejercicio de funciones que impliquen la **participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales de la administración**, puesto que dichas funciones corresponden a los funcionarios públicos con arreglo al art 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público y art 17.3 de la Ley 4/2021, de 16 de abril de la Generalitat, de Función Pública Valenciana. En los mismos términos el **art 17 LCAP** establece: *“No podrá ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.”*

Respecto a qué debe entenderse por **participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas**, es decir, el alcance de las funciones reservadas a funcionarios públicos, la jurisprudencia ha manifestado que la regla general es el estatuto funcional para desempeñar los puestos de trabajo de la Administración, de modo que las excepciones a dicha regla deben **interpretarse restrictivamente** (STS 9 de julio de 2012, rec 216/2011, STC 99/87, de 11 de junio)

Asimismo, la **STS nº 525/2019, de 22 de abril de 2019** ha analizado recientemente el alcance de esta reserva de ley a favor del personal funcionario.

Por lo que deberá en la ejecución del contrato ponerse la debida diligencia para que la ejecución del servicio no implique el ejercicio directo o indirecto de potestades públicas, que reiteramos está prohibido legalmente.

Es cuanto se tiene que informar.

Abogada de la Generalitat

Vº Bº Abogado Coordinador