



EB 2022/077

Resolución 97/2022, de 6 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO – NAVARRO contra el documento descriptivo del contrato “Diálogo competitivo para la investigación de procesos y sistemas industrializados y la redacción de proyecto, dirección facultativa y ejecución de las obras de la promoción de 33 VPOA, B-133, Parcela G, Sector ASU de Sopelana”, tramitado por VISESA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de mayo de 2022 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO – NAVARRO (en adelante, COAVN) contra el documento descriptivo del contrato “Diálogo competitivo para la investigación de procesos y sistemas industrializados y la redacción de proyecto, dirección facultativa y ejecución de las obras de la promoción de 33 VPOA, B-133, Parcela G, Sector ASU de Sopelana”, tramitado por VISESA.

SEGUNDO: El día 16 de mayo se trasladó el recurso al poder adjudicador y se le requirió el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de 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 (en





adelante, LCSP). La citada documentación se recibió en el OARC / KEAO el día 20 de mayo.

TERCERO: Con fecha 27 de mayo de 2022, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 014/2022, acordando:

- (i) la admisión a trámite del recurso.
- (ii) la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.
- (iii) la tramitación urgente y preferente del recurso por aplicación del artículo 50.1 del Real Decreto – Ley 36/2020.

CUARTO: No constan en el expediente más interesados que el recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de P.C.S.M., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El contrato impugnado es un contrato mixto al que le es de aplicación la normativa del contrato de obras para determinar las reglas que rigen su preparación y adjudicación. El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de obra cuyo valor estimado supere los 3.000.000 euros.



TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; en este último inciso deben entenderse incluidos los documentos descriptivos (ver los artículos 116.3 y 174.1 de la LCSP).

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma. Este Órgano estima que no es aceptable la alegación de VISESA, que entiende que la impugnación es extemporánea por entender que es aplicable el plazo de 10 días naturales establecido en el artículo 58.a) del Real Decreto-ley 36/2020. Como ya se señaló en la Resolución B-BN 014/2022 citada más arriba, esta alegación no es aceptable por las siguientes razones:

- 1) La literalidad del citado artículo 58 a) tan solo identifica el acuerdo de adjudicación como acto recurrible al que aplicar la reducción del plazo de los 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1 de la LCSP (regla general), a los diez días naturales (regla especial).
- 2) La citada literalidad, y su carácter de norma especial, así como el hecho de que la reducción del plazo se establece en una norma excepcional por estar prevista tan solo para casos de extraordinaria y urgente necesidad (artículo 86.1 de la Constitución), conlleva que la interpretación del precepto deba ser restrictiva y no amplia o extensiva. Por ello, considerar que dicha reducción es aplicable al resto de actos impugnables, distintos al de adjudicación, sería efectuar una indebida y no prevista extensión de la regla específica regulada en dicho precepto, lo cual sería contrario al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).



3) Finalmente, debe recordarse que, en virtud del denominado principio “*pro actione*”, deben descartarse las interpretaciones y aplicaciones de los presupuestos procesales establecidos en las leyes que impiden u obstaculizan injustificadamente el derecho al acceso a un órgano jurisdiccional que conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 11/2009, de 12 de enero). A juicio de este Órgano, dicho principio aconseja en este caso que las dudas interpretativas se resuelvan en favor de entender que es aplicable el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, VISESA tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos de la recurrente son, en síntesis, los que se exponen a continuación:

a) Respecto a la utilización del procedimiento de diálogo competitivo, el COAVN alega lo siguiente:

- No se entiende justificado acudir al procedimiento de diálogo competitivo; se alega que los objetivos de avanzar en la línea de la construcción industrializada de vivienda social en alquiler, recogida en el Plan Director de Vivienda, y en la elaboración del Libro Blanco de la Vivienda Social Industrializada se cumplen fomentando la investigación y la innovación en el ámbito de la industrialización de los procesos de edificación y rehabilitación mediante la concesión de ayudas, participación en clústeres



de conocimiento, iniciativas encauzadas mediante el programa Eraikal o programas de colaboración público – privada como los descritos en el Pacto Social por la Vivienda.

- Se considera incoherente con la justificación alegada para utilizar el diálogo competitivo y con la contratación conjunta de proyecto y dirección de obra con base en que concurren singularidades distintivas y complejidades en la definición y diseño el hecho de que el grado de industrialización de las propuestas solo se valore con un máximo de 11 puntos.
- Es un contrasentido que se justifique el diálogo competitivo por la imposibilidad de comparar los distintos procedimientos o categorías de ejecución industrializados y que, posteriormente, se vayan a comparar y elegir entre los finalistas del procedimiento categorías distintas de industrialización.
- Se alega que se corre el riesgo de limitar la competencia y la libre concurrencia y de fomentar la creación de cárteles y de restringir o falsear la competencia.
- No se ajusta a Derecho utilizar el diálogo competitivo porque la convocante no tenga claro el sistema constructivo industrializado que desea emplear, pues el mercado ya ofrece opciones y la normativa aplicable ya establecen los requisitos y prestaciones de las viviendas que se pretende construir. En todo caso, VISESA podría optar por convocar un concurso para investigar o concretar el sistema constructivo, previo e independiente de las posteriores licitaciones.
- Se alega que no concurre ninguno de los supuestos legalmente previstos que autorizan el uso del procedimiento de diálogo competitivo, que es



excepcional; el recurrente estima que la justificación aportada en el informe de necesidad de la contratación es inconcreta.

b) El recurrente alega que la contratación conjunta de proyecto y obra es excepcional y que no se justifica adecuadamente en el expediente y que la tramitación conjunta supone un grave riesgo para la independencia y libertad de criterio de los técnicos respecto a las empresas promotoras y constructoras, lo que aconseja restringir su uso. Asimismo, se restringe la concurrencia de los técnicos interesados en el contrato que no tengan una relación con una empresa constructora o un fabricante de sistemas.

c) Finalmente, se solicita la estimación de la impugnación, ordenando la retroacción de actuaciones y la modificación de los pliegos, así como la anulación de la licitación y la tramitación de una nueva que recoja los criterios expuestos en el recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Por lo que se refiere a la adecuación del procedimiento de diálogo competitivo elegido, VISESA estima que concurren las circunstancias justificativas previstas en las letras a), b) y c) del artículo 167 de la LCSP; en particular, se alega lo siguiente:

- Se precisa un procedimiento de adjudicación que permita analizar cuál es la solución técnica más adecuada para satisfacer las necesidades de VISESA, lo que requiere dar flexibilidad a los licitadores para que adapten su solución industrializada y optimicen sus resultados. Los procedimientos ordinarios, en los que VISESA definen el producto en un proyecto y los licitadores ofertan con base en él, no son idóneos en este caso, pues no



permiten comparar las posibilidades de todos los sistemas constructivos industrializados del mercado, sin condicionar o privilegiar ciertas alternativas técnicas frente a otras.

- El modelo constructivo industrializado en altura no está estandarizado en el mercado y tiene un marcado carácter innovador; en la medida que ello posibilita la presentación de diferentes soluciones industrializadas, con modelos de negocio distintos, existen también modelos de negocio y condicionantes económico financieros (pago, garantías, avales...) susceptibles de negociación y de adaptación a las características de las propuestas presentadas.
- La alegación del recurrente de que el diálogo competitivo es un procedimiento excepcional para proyectos particularmente complejos no se ajusta a la normativa vigente.
- La decisión de lograr un objetivo estratégico para el poder adjudicador mediante contratos públicos o mediante otros medios es discrecional, por lo que no puede suplantarse la capacidad de opción de VISESA; en todo caso, se alega que se contactó con el COAVN para trasladarle dichos objetivos, exponerle la creación de un grupo de trabajo para preparar la licitación e invitarle a formular cuestiones de interés para los arquitectos, sin obtener respuesta alguna.
- La evaluación de la propuesta industrializada es el eje de la valoración, por lo que en los distintos apartados se valora la calidad de las propuestas de industrialización. Se alega que la comparación de las propuestas, como es propio del diálogo competitivo, se produce cuando los equipos seleccionados desarrollan su proyecto y presentan una oferta concreta.
- Finalmente, se niega que se restrinja la competencia o que se fomenten prácticas colusorias, como se deduce del éxito de las sesiones



informativas celebradas; en este sentido se reseña el Considerando 42 de la Directiva 2014/24/UE.

b) En cuanto la contratación conjunta de la redacción del proyecto y la ejecución de la obra, el poder adjudicador alega que sí concurren los requisitos del artículo 234.1 de la LCSP (aunque no es aplicable a un poder adjudicador que no sea Administración Pública, como es el caso de VISESA) , según explica el informe justificativo; concretamente, el sistema constructivo será determinante de las características esenciales del proyecto y será preciso un proceso proyectual integrado en el que participen equipos interdisciplinarios que incluyan arquitectos e ingenieros, pero también profesionales del sector de la construcción industrializada.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente alega dos motivos de impugnación de los pliegos del contrato. Concretamente, entiende que no se justifican (i) la adjudicación del contrato por el procedimiento de diálogo competitivo ni (ii) la contratación conjunta del proyecto constructivo y la obra.

A la vista de las alegaciones de las partes y de la documentación que consta en el expediente, a continuación se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la impugnación.

a) Sobre la utilización del diálogo competitivo.

De acuerdo con el artículo 116.4 a) de la LCSP, en el expediente deberá constar la justificación de la elección del procedimiento de licitación. Este OARC / KEAO ya ha señalado (ver su Resolución 106/2014) que la concurrencia de los requisitos necesarios para aplicar un procedimiento de adjudicación “extraordinario” de los mencionados en el segundo inciso del apartado 1 del artículo 131 de la LCSP debe ser adecuadamente justificada por quien pretenda



utilizarlo (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, asunto C-385/02, de 14-9-2004, apartado 19, y las que en ella se citan). El procedimiento de diálogo competitivo es uno de dichos procedimientos extraordinarios, y se regula en los artículos 172 a 176 de la LCSP; en particular, el artículo 172.3 de la LCSP establece que el procedimiento de diálogo competitivo podrá utilizarse en los casos enumerados en el artículo 167 de la misma Ley.

A la vista de lo expuesto en el párrafo anterior, este Órgano entiende que se ha justificado suficientemente la aplicación del procedimiento de diálogo competitivo y su inclusión en los supuestos legalmente previstos, por lo que el motivo de recurso debe desestimarse. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) Según el informe que consta en el expediente, la necesidad que pretende satisfacerse con el contrato impugnado es la de avanzar en la construcción industrializada de vivienda social. La adopción de ese modelo constructivo industrializado supone claras diferencias respecto a los modelos tradicionales de construcción de vivienda de promoción pública emprendidos por VISESA, por lo que se requiere analizar previamente cuál es la solución técnica más adecuada. Además, la investigación desarrollada durante el diálogo competitivo ofrecerá información valiosa para elaborar el Libro Blanco de la Vivienda Social Industrializada.
- 2) Debe recordarse que la peculiaridad de este procedimiento es su división en dos fases: en primer lugar, se desarrolla una fase de diálogo del poder adjudicador con los candidatos seleccionados para determinar una o varias soluciones técnicas que pueden satisfacer las necesidades que justifican el contrato (artículo 172.1 de la LCSP); en segundo lugar, una vez efectuada dicha determinación y cerrada la fase de diálogo, se abre otra para que los participantes cuyas soluciones se hayan adoptado presenten sus ofertas definitivas (artículo 175.5 de la LCSP).



- 3) El esquema procedimental expuesto en el apartado 2) anterior hace que el diálogo competitivo sea especialmente apropiado para “aquellos casos en que los poderes adjudicadores no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado” (Considerando 42 de la Directiva 2014/24/UE). Ése es precisamente el caso analizado, en el que el poder adjudicador tiene claras sus necesidades, pero no la solución técnica y financiera más adecuada para satisfacerlas.

- 4) A juicio de este Órgano, de los apartados 1) a 3) anteriores se deduce que las razones aducidas por VISESA para justificar el procedimiento impugnado tienen encaje, al menos, en una de las causas previstas en el artículo 167 de la LCSP, concretamente la imposibilidad de establecer con precisión las especificaciones técnicas del contrato por referencia a norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en la LCSP (ver, por ejemplo, el artículo 126.5 de la LCSP).

- 5) Por otro lado, el OARC / KEAO entiende que las anteriores consideraciones no se ven desmentidas por las alegaciones del recurrente:
 - No es aceptable que el COAVN pretenda sustituir la discrecionalidad técnica que le asiste para decidir si sus objetivos institucionales o estratégicos deben satisfacerse mediante contratos públicos, por medio de subvenciones u otras actuaciones o por una combinación de todas ellas. En especial, no cabe que formule una alegación en ese sentido sin aportar ninguna prueba o argumento de que VISESA esté sobrepasando los límites de dicha discrecionalidad (prohibición de la arbitrariedad, respeto a los principios generales y al fondo reglado de la potestad, etc.) y sin explicar por qué los otros medios que invoca son más adecuados u oportunos. Análogo reproche se puede formular



a la alegaci3n de que VISESA podr3a optar por un procedimiento de adjudicaci3n previo, independiente de posteriores licitaciones, para concretar el sistema constructivo m3s adecuado.

- Como bien se3ala el poder adjudicador, que el grado de industrializaci3n de las propuestas se valore con un m3ximo de 11 puntos porcentuales no desmiente los motivos alegados para acudir al di3logo competitivo, pues el COAVN parte de la base err3nea de que en el resto de los criterios de adjudicaci3n y dem3s prescripciones de la documentaci3n contractual no se atiende al objeto del contrato solo porque no se menciona expresamente dicho grado de industrializaci3n; en cualquier caso, debe indicarse que el criterio de adjudicaci3n con mayor peso relativo en la evaluaci3n de las ofertas (32 puntos) es la "Propuesta arquitect3nica y de industrializaci3n".
- El argumento de que es incoherente acudir al di3logo competitivo por la imposibilidad de comparar los distintos procedimientos de ejecuci3n industrializada porque luego se van a comparar y elegir las ofertas de los finalistas del procedimiento ignora que, precisamente, esa es la base de este procedimiento extraordinario y, como se ha se3alado anteriormente, lo que lo convierte en adecuado al caso.
- No hay ninguna raz3n para entender que, "a priori", el procedimiento impugnado sea susceptible de limitar la competencia o fomente la creaci3n de c3rteles; de hecho, el recurso no aporta argumento alguno en este sentido, m3s all3 de la mera cita del caso del expediente S/048/13 de la Comisi3n Nacional de los Mercados y la Competencia, cuyo inter3s para dilucidar las cuestiones debatidas no se explicita.



b) Sobre la contratación conjunta de proyecto y obra.

Las alegaciones del recurso contra la contratación conjunta del proyecto y la obra deben desestimarse por los motivos que a continuación se exponen:

- 1) El artículo 13.1 a) de la LCSP considera contrato de obras, entre otros, los que tienen por objeto la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto (ver, en el mismo sentido, las letras a) y b) del artículo 2.1.6 de la Directiva 2014/24/UE). Por su parte, el artículo 234.1 de la LCSP establece que la contratación conjunta de proyecto y obra es excepcional y solo puede tramitarse cuando concorra alguna de las circunstancias que se citan en las letras a) y b) de dicho precepto. Como señala el poder adjudicador, esta regulación, incluida en la Sección primera (Actuaciones preparatorias del contrato de obras) del Capítulo I (Del contrato de obras) del Título II (De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas) del Libro II (De los contratos de las Administraciones Públicas) de la LCSP no es aplicable a los contratos de obra que vayan a celebrar los poderes adjudicadores que, como VISESA, no tienen la condición de Administración Pública. Asimismo, el Considerando 8 de la Directiva 2014/24/UE establece que “...dada la diversidad que presentan los contratos públicos de obras, es conveniente que los poderes adjudicadores puedan prever tanto la adjudicación por separado como la adjudicación conjunta de los contratos para el proyecto y la ejecución de las obras”, para concluir que la citada Directiva “no pretende imponer una adjudicación separada o conjunta”.
- 2) De lo expuesto en el apartado 1) anterior se deduce que, a falta de la preferencia por la contratación separada de proyecto y obra que el legislador nacional sí ha establecido expresamente para los contratos administrativos, ni la LCSP ni la Directiva 2014/24/UE consideran que la citada contratación conjunta sea excepcional o esté sujeta a la concurrencia de circunstancias específicas cuya existencia deba



justificarse en el caso de los contratos privados de obra, como el que nos ocupa.

- 3) Consecuentemente, la opción tomada en este caso por el poder adjudicador no tiene más límites que los que constriñen la discrecionalidad técnica de la que, en general, dispone para configurar el objeto del contrato de la forma que entienda más adecuada para la satisfacción del interés general, en particular, la decisión no puede infringir el fondo reglado de la citada potestad discrecional y los principios generales de la LCSP, particularmente los de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia (ver, por ejemplo, la Resolución 94/2019 del OARC / KEAO). Debe señalarse que la existencia de estas infracciones debe alegarse y acreditarse por el recurrente, lo que, a juicio de este Órgano, no ha hecho.

- 4) Este Órgano estima que no pueden considerarse como extralimitaciones del ejercicio de la discrecionalidad las alegadas por el recurrente que, en realidad, tan solo busca sustituir la estructura del contrato por otra que le sea más favorable, una aspiración que no es aceptable (ver, por ejemplo, la Resolución 139/2019 del OARC / KEAO). En este sentido, no se explica cómo o por qué la contratación conjunta puede restringir la independencia de criterio de los profesionales de la arquitectura ni por qué la garantía de dicha independencia es un bien cuya garantía deba pasar por encima de necesidades del poder adjudicador debidamente acreditadas. Por otro lado, la posible restricción de la concurrencia para los arquitectos sin relación con empresas constructoras o fabricantes de sistemas puede paliarse por los medios legalmente previstos (concurrencia como unión temporal de empresas, integración de la solvencia, etc.), además de ser, en todo caso, un efecto natural del propio diseño del contrato, que solo puede considerarse antijurídico si es arbitrario, lo que no se ha probado.



5) Finalmente, este Órgano estima que VISESA ha acreditado suficientemente que la elección de la contratación conjunta responde a razones atendibles, sin que pueda apreciarse arbitrariedad alguna ni que el diseño del contrato obedezca a la intención de perjudicar al colectivo que defiende el recurrente sin razón proporcionada suficiente. Así, se alegan motivos que fundamentan el acto impugnado, como la imposibilidad de separar el proyecto y el proceso constructivo o la necesidad de que en todas las fases de la construcción industrializada colaboren todos los agentes de la edificación para evitar disfunciones en la ejecución del contrato.

c) Conclusión.

A la vista de los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe desestimarse íntegramente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO – NAVARRO contra el documento descriptivo del contrato “Diálogo competitivo para la investigación de procesos y sistemas industrializados y la redacción de proyecto, dirección facultativa y ejecución de las obras de la promoción de 33 VPOA, B-133, Parcela G, Sector ASU de Sopelana”, tramitado por VISESA.



SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko ekainaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de junio de 2022