

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
Carrer d'Amadeu de Savoia, 2-5a Planta
46010-VALÈNCIA
Tel. 96 1613072

Ref.: SUB/SJSCA/mvt
Assumpte : Informe 1/2022

INFORME 1/2022, DE 29 D'ABRIL DE 2022. CONCURS DE PROJECTES. FASES EN EL PROCEDIMENT OBERT. PROCEDIMENT RESTRINGIT. APLICACIÓ DE LES SUBFASES

ANTECEDENTS

En data 02/02/2022, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de València, mitjançant la qual formula una consulta que diu literalment:

“ASSUMPTE: SOL·LICITUD D'INFORME A LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT VALENCIANA EN RELACIÓ A LA INTERPRETACIÓ DE LES NORMES ESPECIALS APLICABLES ALS CONCURSOS DE PROJECTES (ARTICLES 183 A 187 LCSP)

Identificació del sol·licitant: Ajuntament de València

De conformitat amb el que es disposa en l'article 9.3 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa, el Registre Oficial de Contractes de la Generalitat, el Registre de Contractistes i empreses classificades de la Comunitat Valenciana i la Central de Compres de la Generalitat, l'Alcaldia de l'Ajuntament de València sol·licita un informe facultatiu a la Junta Superior de Contractació de la Generalitat Valenciana en relació amb la interpretació de les normes especials aplicables als concursos de projectes contingudes en els articles 183 a 187 de la Llei 9/2017 per a la redacció de les bases del concurs.

S'indica, en relació amb el que es disposa en l'article 9.6 del Decret 35/2018, que la qüestió que es planteja revist interès general, sense que es trobe vinculada a un expedient concret.

Antecedents

Segons estableix l'article 183 de la LCSP, es consideren concursos de projectes els procediments encaminats a l'obtenció de plans o projectes, principalment en els camps de l'arquitectura, l'urbanisme, l'enginyeria i el processament de dades, a través d'una selecció que, després de la licitació corresponent, s'encomana a un jurat.

L'article 183 LCSP estén l'àmbit d'aplicació d'aquest procediment excepcional d'adjudicació de contractes a dos tipus de concursos de projectes:

D'una banda, la modalitat més senzilla que és el concurs de projectes amb premis o pagaments als participants a què es refereix l'article 183.2.b).

D'altra banda, aquells organitzats en el marc d'un procediment d'adjudicació d'un contracte de serveis, en els quals eventualment es podran concedir premis o pagaments. A més, el contracte de serveis que resulte del concurs de projectes també podrà tindre per objecte la direcció facultativa de les obres corresponents, sempre que així s'indique en l'anunci de licitació del concurs. Aquesta modalitat està regulada en l'article 183.2a).

El mateix article 183 estableix que els òrgans de contractació aplicaran les normes específiques que regeixen els concursos de projectes quan l'objecte del contracte de serveis que s'haja d'adjudicar es referisca a la redacció de projectes arquitectònics, d'enginyeria i urbanisme que tinguen una complexitat especial i, quan es contracten conjuntament amb la redacció dels projectes anteriors, als treballs complementaris i a la direcció de les obres.

El concurs de projectes ha d'estar regit per unes bases, que són les normes que l'organitzen. A aquestes es refereix l'article 184 de la LCSP per a assenyalar que han d'indicar la quantitat fixa que s'ha de pagar en concepte de premis o en concepte de compensació per les despeses en què hagueren incorregut els participants i que la valoració de les propostes es referirà a la qualitat i als valors tècnics, funcionals, arquitectònics, culturals i mediambientals d'aquestes.

De la redacció de l'article 185 en relació amb el 187.10 deriva que les bases hagen d'especificar si el concurs de projectes és obert o restringit, és a dir, si es limitarà o no el nombre de participants.

Al concurs de projectes restringit es refereix l'article 185. Estableix aquest article que l'òrgan de contractació pot limitar el nombre de participants en el concurs de projectes i, en aquest cas, el procediment es desenvolupa en dues fases. La primera consisteix en el fet que l'òrgan de contractació duu a terme una selecció entre tots els candidats que hagueren presentat una sol·licitud de participació, aplicant criteris objectius, clars i no discriminatoris, que hauran de figurar en les bases del concurs i en l'anunci de licitació. La Llei no estableix un nombre mínim de candidats per convidar, si bé es requereix en tot cas que es garantisca una competència real.

En la segona fase, l'òrgan de contractació convida simultàniament i per escrit els candidats seleccionats perquè presenten les seues propostes de projectes davant aquest.

Al seu torn, segons estableix el paràgraf 3 de l'article 185, aquesta fase podrà desenvolupar-se en dues subfases, amb la finalitat de reduir el nombre de concursants.

En la primera, s'hauran de convidar simultàniament i per escrit els candidats seleccionats perquè presenten una idea concisa sobre l'objecte del concurs davant l'òrgan de contractació, aquestes hauran de ser valorades pel Jurat conformement als criteris d'adjudicació prèviament establits.

En la segona, els participants seleccionats seran convidats, també simultàniament i per escrit, perquè presenten les seues propostes de projectes en desenvolupament de la idea inicial, que hauran de ser valorades pel Jurat novament de conformitat amb els criteris d'adjudicació que s'hagueren establits prèviament.

En aquest cas, a diferència del que ocorria en la primera fase, sí que s'estableix un nombre mínim de candidats per convidar, que haurà de ser de tres, i s'hi haurà de garantir també una competència real.

Ha de tindre's en compte que el paràgraf 3 de l'article 185 (excepte la frase "En qualsevol cas el nombre de candidats convidats haurà de ser suficient per a garantir una competència real. El nombre de candidats serà de tres") ha sigut declarat contrari a l'ordre constitucional de competències pel Tribunal Constitucional en sentència 68/2021, sense que en comporte la nul·litat, tenint en compte que s'apliquen a l'àmbit estatal. De la mateixa manera, i en tant que no el desplegue la comunitat autònoma, hem d'entendre'l aplicable a les entitats que integren l'Administració local amb caràcter supletori.

La Llei només desplega, doncs, el concurs de projectes restringit (en el qual es limita el nombre de participants), però no l'obert.

Com hem vist, l'article 185 de la LCSP únicament es refereix a les dues fases per al supòsit en el qual es limite el nombre de participants, per la qual cosa aquest Ajuntament ha considerat que, quan en el concurs de projectes no es limite el nombre de participants (concurs obert), només ha d'existir una fase.

Amb aquesta interpretació s'han elaborat dos models de bases, la còpia de les quals s'adjunta:

- Base concurs de projectes una fase (sense límit del nombre de participants)
- Bases concurs de projectes de dues fases (amb límit del nombre de participants)

No obstant això, s'ha comprovat que altres administracions han aprovat bases de concurs de projectes en les quals no es limita el nombre de participants, i incorporen dues fases:

Primera fase: proposta d'idees, entre les quals el jurat en seleccionarà almenys tres per a passar a la segona fase (idea conceptual i concisa sobre l'objecte del concurs).

Segona fase: Desenvolupament de les idees seleccionades en la primera fase (proposta tècnica de desenvolupament de la idea inicial. Proposta de projectes).

La selecció dels candidats que passaran a la segona fase l'efectuarà el jurat mitjançant la valoració de les propostes presentades atenent la qualitat arquitectònica i els valors tècnics, funcionals, arquitectònics, culturals i mediambientals, en virtut de l'article 184.3 de la LCSP.

Es planteja, per tant, si aquesta interpretació, que redueix el nombre d'ofertes competidores i incorpora dues fases successives en el concurs de projectes en el qual no s'ha limitat prèviament el nombre de participants, és a dir, sense aplicar les regles del procediment restringit, s'ajusta al que es disposa en l'article 183 LCSP o si l'aplicació de les regles del procediment obert en aquest supòsit impedeix seleccionar un nombre determinat de concursants que passaran a la fase de presentació de la proposta de projecte.

Ha de tindre's en compte que les regles del procediment obert, a les quals es remet l'article 187.10 LCSP, permet reduir les ofertes en una primera fase, i establir-ne un llindar mínim. La Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 20 de setembre de 2018 (Montte, C-546/16) afirma que no és obligatori però sí possible l'establiment de fases en el procediment obert, de manera que les proposicions que no aconseguisquen un llindar mínim en l'avaluació dels criteris tècnics queden excloses de la licitació i, per tant, d'avaluació posterior. El llindar mínim d'acord amb la legislació actual és el recollit en l'article 146.3 de la LCSP "En el cas que el procediment d'adjudicació s'articule en diverses fases, s'haurà d'indicar igualment en quina d'aquestes s'aniran aplicant els diferents criteris, i establir un llindar mínim del 50 per cent de la puntuació en el conjunt dels criteris qualitatius per a continuar en el procés selectiu".

L'aplicació d'aquest precepte permetria que passaren a la segona fase totes les proposicions que aconseguisquen aquest llindar, d'acord amb els criteris que s'establisquen, i es planteja si pot incloure's en el plec la fixació d'un nombre màxim de licitadors que hagen de passar a la segona fase, com s'estableix en l'article 185 LCSP.

Qüestió que se sotmet a l'informe de la Junta Superior de Contractació de la Generalitat Valenciana

Si la regulació del concurs de projectes continguda en la LCSP permet, sense limitar el nombre de participants en un moment inicial d'acord amb el que es disposa en l'article 185 de la LCSP (això és, sense aplicar les regles del procediment restringit), incorporar una primera fase en la qual, mitjançant la valoració d'idees el jurat, d'acord amb criteris prèviament establits, seleccione un nombre de propostes determinat i limitat que passaran a una segona fase, en la qual es valorarà de nou la proposta de projectes."

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

La qüestió que planteja l'Ajuntament de València requereix les següents consideracions d'aquesta Junta:

1.- Què és un concurs de projectes?

L'article 183. 1 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara en avant LCSP), disposa:

Són concursos de projectes els procediments encaminats a l'obtenció de plans o projectes, principalment en els camps de l'arquitectura, l'urbanisme, l'enginyeria i el processament de dades, a través d'una selecció que, després de la licitació corresponent, s'encomana a un jurat.

L'antecedent normatiu el trobem en l'article 2.1.21 de la Directiva 2014/24/UE, vigent, segons el qual el concurs de projecte "és el procediment que permet al poder adjudicador adquirir plans o projectes, principalment en els àmbits de l'ordenació territorial, l'urbanisme, l'arquitectura i l'enginyeria o el tractament de dades; aquests plans o projectes seran seleccionats per un jurat després d'haver sigut objecte d'una licitació amb assignació de premis o sense", i se'n desplega la regulació en els articles 78 a 82.

D'altra banda, l'article 183.3 disposa que: *Quan l'objecte del contracte de serveis que s'hagen d'adjudicar es referisca a la redacció de projectes arquitectònics, d'enginyeria i urbanisme que revisten especial complexitat i, quan es contracten conjuntament amb la redacció dels projectes anteriors, als treballs complementaris i a la direcció de les obres, els òrgans de contractació hauran d'aplicar les normes d'aquesta secció.*

Té una importància especial aquest precepte perquè estableix clarament que han de tractar-se de projectes que tinguen una complexitat especial. No és, per tant, aplicable el procediment de concurs de projectes a qualsevol projecte com indica el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en la Resolució 294/2020 que confirma la limitació de la utilització del concurs de projectes:

Per tant, la interpretació literal i raonable de la norma ens porta a considerar que el segon incís de l'article 183.3 LCSP, quan es refereix als "projectes anteriors", remet als projectes especificats en l'oració anterior del text, que són els projectes "arquitectònics, d'enginyeria i urbanisme que revisten una complexitat especial", la qual cosa ens porta a considerar que només quan els treballs complementaris i de direcció de les obres es contracten conjuntament amb la redacció d'un projecte arquitectònic, d'enginyeria i urbanisme que tinga una complexitat especial, els òrgans de contractació hauran d'aplicar necessàriament les normes relatives als concursos de projectes, però no és obligatori l'ús del procediment de concursos de projectes si el projecte per redactar com a objecte del contracte, siga per si sol o conjuntament amb els treballs complementaris i la direcció de l'obra que es referisquen al mateix projecte, no és un projecte d'arquitectura, enginyeria i urbanisme que tinga una complexitat especial o, si és un projecte d'aquest tipus, no tinga una complexitat especial.

La complexitat especial d'un projecte és una cosa que correspon decidir a l'òrgan de contractació, com a pressupòsit per a acudir al concurs de projectes com a procediment d'adjudicació en els projectes d'obres d'enginyeria i arquitectònics. (Resolució 576/2020).

2n.- Les fases del concurs de projectes

Qüestiona l'Ajuntament si en el procediment obert pot haver-hi una primera fase de selecció de la idea millor. Referent a això el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en la Resolució 380/2016, referint-se al TRLCSP indica,

L'apartat transcrit delimita l'àmbit d'aplicació del concurs de projectes, que es caracteritza perquè, a diferència de la contractació habitual de serveis d'arquitectura, enginyeria,... dels establits en la categoria 12 de l'annex II, (pel procediment obert o restringit com a regla general o, si escau, pel procediment negociat o mitjançant un diàleg competitiu), amb el concurs de projectes l'Administració licita per a seleccionar, per mitjà d'un jurat, la idea millor per a desenvolupar un projecte posterior (servei), que es podrà encarregar o no a l'autor de la idea, i és aplicable, en cas afirmatiu, el procediment negociat d'acord amb l'article 174.d) del TRLCSP. El concurs de projectes no és el procediment habitual al qual necessàriament cal acudir per a l'adjudicació de serveis l'objecte dels quals siga la redacció de projectes d'arquitectura, com sosté la recurrent, sinó un supòsit especial per a l'obtenció d'idees o criteris previs, aplicable a la fase anterior a la contractació del servei pròpiament dit. D'això ve que l'article 184.2.a) tinga en compte l'aplicació del concurs de projectes "en el marc d'un procediment d'adjudicació d'un contracte de serveis" o, com a segon supòsit, en cas de "concursos de projectes amb primes de participació o pagaments als participants", això és, quan l'Administració licita un "concurs d'idees" desvinculat en principi d'un contracte de serveis posterior, i estimula la participació a través de primes o pagaments als participants. El que l'Administració pretén amb el concurs de projectes és, en suma, aconseguir la millor idea o projecte, que donarà lloc, en el seu cas, a l'elaboració del projecte pròpiament dit a través d'un contracte de serveis posterior, i preval en aquesta fase prèvia del concurs de projectes un component d'ideació, d'originalitat estètica, tècnica o funcional la valoració del qual, amb l'anonimat dels participants, s'encomana a un jurat especialitzat integrat per persones físiques independents.

Res obsta a establir una primera fase de selecció, en un procediment obert, de la millor idea segons els criteris d'adjudicació qualitius en els quals els seleccionats obtinguen una puntuació en aquests criteris, perquè com afirma la STJUE en l'assumpte C-546/16, Montte, SL, i Musikene, que cita l'Ajuntament en el seu escrit, i que es va dictar quan encara estava vigent el TRLCSP.

En un procediment obert, la fixació de llindars en una primera fase de valoració es funda en una situació diferent, plenament justificada sempre que les úniques ofertes que el poder adjudicador estiga autoritzat a excloure de l'avaluació basada en el preu siguen les ofertes que no complisquen els requisits mínims de l'avaluació tècnica i, per tant, no satisfacen les necessitats del poder adjudicador. *Per al TJUE "aquesta manera d'actuar no pretén limitar el nombre d'ofertes sotmeses a l'avaluació basada en el preu, ja que, en principi, totes les ofertes presentades poden complir aquests requisits mínims". (apartat 37.*

Així l'informe 6/20 de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat conclou que d'acord amb els raonaments anteriors, la Directiva 2014/24 no s'oposa a una legislació nacional que permeti que els poders adjudicadors imposen en el plec de condicions d'un procediment obert de contractació pública uns requisits mínims referent a l'avaluació tècnica, de manera que les ofertes presentades que no aconseguisquen una puntuació mínima predeterminada al final d'aquesta avaluació queden excloses de l'avaluació posterior, basada tant en criteris tècnics com en el preu i això amb independència del nombre de licitadors restants.

Esta qüestió ha quedat resolta amb la LCSP en l'article 146.3: *En el cas que el procediment d'adjudicació s'articule en diverses fases, s'haurà d'indicar igualment en quines s'hauran d'aplicar els diferents criteris, i establir un llindar mínim del 50 per cent de la puntuació en el conjunt dels criteris qualitius per a continuar en el procés selectiu.*

Traslladat això al camp dels concursos de projectes per procediment obert, res impedeix que mitjançant la fixació d'uns criteris qualitius se seleccionen les millors idees que complisquen les necessitats de l'òrgan de contractació segons una puntuació que no pot superar el 50 % del total.

Ara bé, si entre tots els licitadors que compleixen la puntuació fixada, al seu torn, se selecciona un nombre determinat, restringit a tots els candidats que han aconseguit la puntuació tècnica o ponderació exigida, per a prosseguir la fase següent, estariem no davant d'un procediment obert sinó davant d'un procediment

restringit que es caracteritza precisament per limitar a un nombre determinat (mínim 5) els participants seleccionats en la primera fase amb els quals es continuarà el procediment.

3.- Les subfases i l'aplicació supletòria d'aquestes

La STC 68/2021 indica que la regulació dels paràgrafs primer, segon, tercer, cinqué i sisé de l'article 185.3 LCSP relativa a les dues subfases en les quals s'ha d'articular la invitació als candidats ja seleccionats no pot considerar-se bàsica, perquè es tracta de regles de detall de caràcter formal o procedimental (com fer la invitació, la presentació de la idea concisa o projecte...). Sí que té, en canvi, un caràcter bàsic el paràgraf quart que regula el nombre mínim de candidats amb la finalitat de garantir una lliure competència real i efectiva.

En conseqüència, escau declarar contraris a l'ordre constitucional de competències els paràgrafs primer, segon, tercer, cinqué i sisé de l'article 185.3 LCSP. Això no comporta la nul·litat d'aquest, tenint en compte que s'apliquen en l'àmbit estatal, cosa que no ha sigut objecte de controvèrsia en aquest procés (STC 50/1999, FFJJ 7 i 8, i 55/2018, FFJJ 7 b) i c))

Respecte a l'aplicació de les dues subfases el primer que cal assenyalar és que tenen caràcter potestatiu. Així l'article 185.3 : *La segona fase a què es refereix l'apartat 1 d'aquest article podrà realitzar-se en dues subfases successives, a fi de reduir el nombre de concursants.*

Però, a més a més, no podem compartir l'afirmació de l'Ajuntament del caràcter supletori de les dues subfases, ja que la norma és inconstitucional i d'aplicació sols a l'àmbit estatal, no hi ha, per tant, una llacuna jurídica amb independència que no hi ha regulació autonòmica en aquest moment.

En aquesta línia la STC 118/96 indica *"La clàusula de supletorietat és una previsió constitucional emanada de la Constitució que es dirigeix a l'aplicador del dret, indicant-li la manera en què han de satisfer-se les llacunes de l'ordenament autonòmic, quan n'hi haja... Una vegada que l'aplicador del dret, utilitzant els mitjans usuals d'interpretació haja identificat una llacuna en l'ordenament autonòmic, haurà de satisfer-la acudint a les normes, pertinents, dictades per l'Estat en l'exercici de les competències que la Constitució li atribueix: en això consisteix la supletorietat del dret estatal que, per la mateixa naturalesa, no comporta cap atribució competencial" (FJ 61)*

Si els destinataris de la regla de supletorietat són els aplicadors del dret, el legislador estatal haurà de cenyir-se a declarar quin és l'àmbit territorial en què les normes vàlidament dictades estan destinades a desplegar-ne els efectes en primer grau i quins són aquells altres en els quals és possible la potencial actuació supletòria. De cap manera podrà imposar aquesta aplicació supletòria, i presentar-la com una de les dues alternatives possibles, quan constitucionalment es permet una tercera possibilitat: que la llei estatal no siga ni directament ni supletòriament aplicable allí on l'operador jurídic no constata l'aparició de cap llacuna.

"La clàusula de supletorietat no permet que el dret estatal satisfiça, sense més, la falta de regulació autonòmica en una matèria. El pressupòsit d'aplicació de la supletorietat que la Constitució estableix no és l'absència de regulació, sinó la presència d'una llacuna detectada com a tal per l'aplicador del dret. I si això és així, tal com vam dir en la STC 147/91, l'aplicació supletòria de les normes estatals no pot vindre imposada pel legislador. Perquè, en cas contrari, la llei estatal seria aplicable en l'àmbit reservat al dret autonòmic en la mera absència de regulació autonòmica corresponent i no es limitaria, per tant, a integrar llacunes estimades per l'aplicador del dret, se subvertiria el sentit de la clàusula de supletorietat de l'article 149.3 i s'arrogaria

inconstitucionalment l'estat la facultat d'integrar per si mateix els diferents ordenaments de les comunitats autònomes, per la via de dictar normes aplicables supletòriament" (STC 118/96, FJ 81).

De la inconstitucionalitat dictada pel TC dels apartats indicats no es desprén, doncs, un buit legal o una llacuna jurídica, simplement aquest article no és d'aplicació més que en l'àmbit estatal sense que això no impedisca a les comunitats autònomes regular-lo.

CONCLUSIONS

PRIMERA.- El concurs de projectes per procediment obert permet una primera fase de presentació i selecció d'idees segons uns criteris qualitius de conformitat amb l'article 146.3 de la LCSP als participants que hagen aconseguit una puntuació concreta que no podrà ser superior al 50 % de la total.

SEGONA.- Si entre tots els licitadors que compleixen la puntuació fixada en la primera fase, al seu torn, se selecciona un nombre determinat i es restringeix la continuació del procediment a tots els candidats que han aconseguit la puntuació tècnica exigida, estaríem no davant d'un procediment obert sinó davant d'un procediment restringit.

TERCERA.- L'establiment de subfases, declarat inconstitucional i només aplicable a l'àmbit estatal, es configura fins i tot en aquest cas com a potestatiu, sense que calga adduir-ne el caràcter supletori, atés que no existeix cap llacuna jurídica sobre això.

Aquest Informe s'emeta a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

LA SECRETÀRIA

V I P DEL PRESIDENT
SOTSSECRETARI D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 29 d'abril de 2022