

Recurso nº 88/2018**Resolución nº 81/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 27 de setembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D.J.M.G. actuando en nome e representación do CONSELLO GALEGO DE ENXEÑEIROS TÉCNICOS INDUSTRIAIS contra o anuncio e os pregos que rexen a contratación, polo Servizo Galego de Saúde, de servizos de dirección de execución material e coordinación de seguridade e saúde das obras de construción dos centros de saúde de Narón, Saviñao e Pereiro de Aguiar e das obras de reforma e ampliación da área de urxencias do Hospital de Barbanza-Ribeira, expediente AB-SER3-18-065, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en diante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- O Servizo Galego de Saúde convocou a licitación do contrato descrito no encabezamento, cun valor estimado declarado de 127.246,04 € euros, dividido en 4 lotes. Tal licitación foi obxecto de publicación no perfil de contratante e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 22.08.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP, en diante).

Terceiro.- O recurso impugna a existencia da específica titulación de arquitecto técnico como solvencia técnica ou profesional na dita licitación, para defender a

inclusión tamén dos enxeñeiros técnicos industriais, aos que considera que se encontran habilitados para o desenvolvemento das actividades de coordinación de seguridade e saúde para este obxecto contractual.

Cuarto.- En data 13.09.2018 o CONSELLO GALEGO ENXEÑEIROS TÉCNICOS INDUSTRIAIS interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 13.09.2018 reclamouse ao Servizo Galego de Saúde o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 LCSP. A documentación foi recibida neste Tribunal o día 17.09.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 17.09.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- Mediante Resolución do 20.09.2018, o TACGal acolleu a medida de suspensión solicitada.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- Este recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- En canto á lexitimación do recorrente, vista a súa natureza de entidade corporativa de dereito público que intervéñ na defensa dos intereses profesionais dos seus colexiados, enténdese que posúe lexitimación ad procesum con base no previsto no artigo 48 LCSP.

Cuarto.- O recurso foi interposto dentro do prazo de quince días previsto no artigo 50 da LCSP, computado desde que se puido acceder ao contido dos pregos a través do perfil do contratante, artigo 50.1.b LCSP, tendo en conta que consta no perfil e Plataforma de Contratos Públicos de Galicia que o día 23.08.2018 houbo problemas para as descargas.

Quinto.- Trátase dun contrato de servizos, dividido en 4 lotes, cun valor estimado superior a 100.000 euros, onde se impugna o anuncio e os pregos reitores da contratación e o órgano de contratación ten a condición de poder adxudicador. Por iso, resulta admisible o recurso segundo o establecido no artigo 44 LCSP.

Sexto.- O Colexio profesional recorrente describe que, tanto no anuncio da contratación como nos pregos de cláusulas administrativos (apartado 18 da folla de especificacións), se esixe, dentro da solvencia técnica ou profesional, que as funcións de dirección de execución material e as de coordinador de seguridade e saúde deben ser realizadas por facultativos que teñan a condición de arquitecto técnico.

O recorrente entende que esa esixencia vulnera os principios de liberdade de acceso ás licitacións e de non discriminación que proclama o artigo 1 da LCSP, por excluír ao colectivo que representa, enxeñeiros técnicos industriais, que defende que se encontran habilitados legalmente para o desenvolvemento das actividades de coordinación de seguridade e saúde.

Citando a normativa de ordenación da edificación, o recorrente sostén que os enxeñeiros técnicos industriais posúen competencias profesionais en materia de seguridade e saúde en obras de construción e conclúe o seu recurso solicitando a nulidade do anuncio e dos pregos, a retroacción do procedemento e rectificación dos pregos para que, en canto á solvencia técnica profesional, figure coa seguinte redacción: *“Las funciones de direccion de ejecucion material y las de coordinador de seguridad y salud deben ser realizadas por facultativos que tengan la condición de arquitecto e ingeniero técnico industrial”*.

Sétimo.- O informe do órgano de contratación considera que o recurso debería desestimarse porque a titulación habilitante para o desempeño das funcións de director de execución de obra e coordinador de seguridade e saúde en obras de edificación, destinadas a usos sanitarios, están reguladas na Lei 38/1999, de 5 de novembro, de ordenación da edificación e non se lle atribúen aos enxeñeiros técnicos industriais, como pretende o recorrente.



O informe do órgano de contratación, tras cita do artigo 2, 13 e Disposición adicional cuarta da Lei 38/1999, de 5 de novembro, de ordenación da edificación e Sentenzas ao respecto, expresa:

“Por tanto unha das obrigas do director de execución da obra dun edificio de uso sanitario é estar en posesión da titulación de arquitecto técnico e en ningún caso ditas funcións poderán ser exercidas por un enxeñeiro técnico industrial.

(...)

Nos edificios comprendidos no grupo a) do art. 2 da Lei de Ordenación da Edificación, entre os que se encontran os de uso sanitario, os enxeñeiros técnicos industriais non teñen ningunha competencia nin especialidade dado que a titulación requirida para a redacción do proxecto e a dirección das obras é a de arquitecto, e a requirida para a dirección de execución material é a de arquitecto técnico, segundo o indicado nos artigos 2,10,12 e 13 da mencionada lei.

Por tanto da redacción da Disposición adicional cuarta da Lei de Ordenación da Edificación unicamente se pode concluír que a titulación habilitante para levar a cabo a coordinación de seguridade e saúde en fase de execución dunha obra de edificación de uso administrativo, sanitario, relixioso, residencial, docente y cultural son as de arquitecto e arquitecto técnico, pero en ningún caso a de enxeñeiro técnico industrial.

(...)

Habida conta do exposto por parte da lei e das sentencias mencionadas, tanto os lexisladores como os órganos xudiciais entenden que a especificidade dunha obra de edificación sanitaria non pode abordarse por técnicos de calquera especialidade xa que unha interpretación distinta da exposta levaría a posibilitar que a responsabilidade da coordinación de seguridade e saúde dun edificio sanitario e hospitalario fora asumida por técnicos especialistas noutras áreas como as industriais onde os riscos son ben distintos.”

Oitavo.- Na Follas de Especificacións, no apartado 18, sobre Solvencia Técnica ou Profesional, ten esta literalidade:

“18.1. Sistema de acreditación, indicando medio e criterio de valoración:

-Titulacións académicas e profesionais do empresario e dos directivos da empresa e, en particular do responsable ou responsables da execución do contrato, así como dos técnicos encargados directamente dela, sempre que non se avalíen



como un criterio de adxudicación: as funcións de dirección de execución material e as de coordinador de seguridade e saúde deben ser realizadas por facultativos que teñan a condición de arquitecto técnico.”

18.2 Compromiso de adscrición de medios (artigo 76 de la LCSP)

Si.

Ademais da solvencia requirida, se deberá presentar un compromiso de adscribir á execución o contrato, como mínimo, os medios persoais seguintes

- Persoal proposto para desenvolver as funcións de:

. director de execución material

. coordinador de seguridade e saúde

Requírese respecto a cada un deles:

1- Estar en posesión, como mínimo, da titulación de arquitectura técnica ou grao en arquitectura técnica ou equivalente,

(...)

Poden ser desenvolvida polo mesmo facultativo, sempre que se respecte a dedicación esixida.”

Para fixar con claridade os termos do debate cómpre aludir á Lei 38/1999, de 5 de novembro, de ordenación da edificación (LOE, en diante).

O artigo 2 desa Lei establece o ámbito de aplicación, que na parte que aquí interesa, recolle:

“1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.”

Posteriormente, o artigo 13, relativo ao director da execución da obra, aclara:

“1. El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.

2. Son obligaciones del director de la ejecución de la obra:

a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de



personas jurídicas, designar al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante.

Cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2 , la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto técnico. Será ésta, asimismo, la titulación habilitante para las obras del grupo b) que fueran dirigidas por arquitectos.

En los demás casos la dirección de la ejecución de la obra puede ser desempeñada, indistintamente, por profesionales con la titulación de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico.”

Aparece entón que a Lei 38/1999, no artigo 13.2.a) atribúe aos arquitectos técnicos as específicas funcións de dirección de execución de obra cando se trata de edificacións de usos sanitarios, como os que abrangue a licitación aquí impugnada.

Para reforzar esa atribución exclusiva a arquitectos técnicos no ámbito definido no artigo 2.1.a), o artigo 13.2.a), en parágrafo aparte, utiliza a expresión “*En los demás casos....*”, indicando claramente que fóra deses específicos supostos legais establecidos, non opera esa atribución exclusiva que aquí nos ocupa. Dito doutra forma, ratifica que si existe esa atribución legal no tocante a “*los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2*”.

Por outra banda, a Disposición adicional cuarta desa lei 38/1999, referida ao coordinador de seguridade e saúde, recolle:

“Las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para desempeñar la función de coordinador de seguridad y salud en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades. “

Como vemos, a atribución da función de coordinador de seguridade e saúde, entre arquitecto, arquitecto técnico, enxeñeiro ou enxeñeiro técnico, vai ligada as súas competencias e especialidades, polo que se estamos ante unha edificación sanitaria debe atribuírse conforme á designación legal que acabamos de ver, o cal queda ratificado pola xurisprudencia á que logo aludiremos.



Da cláusula 18 do PCAP, citada polo recorrente, apréciase que as dúas funcións a desenvolver, de dirección de execución material e de coordinador de seguridade e saúde, poden ser desenvolvidas polo facultativo que posúa o título de arquitecto técnico, que como quedou sinalado pola Lei é o título habilitante cando se trate de obras destinadas a usos sanitarios que son obxecto da licitación impugnada.

Por ese motivo, a redacción do anuncio e dos pregos, no que se refire á solvencia técnica esixida para os servizos licitados resulta correcta e a non inclusión da titulación dos enxeñeiros técnicos industriais conforme a dereito, de maneira que o recurso se debe desestimar.

Finalmente, existen decisións dos órganos xurisdicionais que corroboran esta conclusión, sen ánimo de ser exhaustivo.

Así, a Sentenza nº 297/2016, de 30 de xuño, ditada polo Tribunal Superior de Xustiza (TSX en adiante) de Cantabria, no recurso de apelación nº 90/2016, axuíza o debate de “...si los ingenieros técnicos industriales pueden actuar como coordinadores de seguridad y salud respecto de una obra de construcción de una vivienda o deben ser exclusivamente los arquitectos o arquitectos técnicos.” Lembremos que tanto a edificación residencial coma a sanitaria teñen a mesma regulación, aos efectos que nos ocupa neste debate, pois ambos están dentro dos usos indicados no grupo a) do apartado 1 do artigo 2 LOE ao que o artigo 13.2 a) se remite para referir a titulación de arquitecto técnico, e, por ende, de invocación para a función de coordinador de seguridade e saúde, ao abeiro da Disposición adicional cuarta desa Lei. Como dicíamos, esa Sentenza, ante tal debate, rexeita o recurso expresando, por exemplo:

“ hay que tener en cuenta la concreta actividad a la que se van a aplicar las tareas propias de la coordinación en materia de salud y seguridad, pues es imposible independizar dichas tareas de la labores que constituyen la actividad considerada en cada caso, dado que las técnicas y medidas de protección de la salud y seguridad en el trabajo deben atender a los riesgos que deriven de las técnicas, formar y métodos de trabajo propios de la actividad de que se trate.

Siendo así, es evidente que hay una relación estrecha entre los conocimientos necesarios para la eficaz realización de la coordinación en materia de seguridad y salud y los conocimientos necesarios para el desarrollo de la actividad a la que se va a proyectar dicha coordinación.



Puede sostenerse que la eficaz protección que es el fin de la coordinación sobredicha requiere de la interrelación de conocimientos científicos y técnicos relativos a la materia de seguridad y salud en el trabajo con los conocimientos sobre la actividad técnica de que se trate, pues esta interrelación es la que permite que los principios y reglas que rigen la materia de seguridad y salud en el trabajo se realicen eficazmente atendiendo a las necesidades concretas de la actividad.

Esto dicho, resulta razonable concluir que, cuando como es el caso, se trata de la coordinación, desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo, de una obra de construcción de una vivienda, la efectividad de la protección de dichos bienes (que es, a la postre, el fin que debe guiar la solución de conflictos como el de referencia) requiere que el que realice la función de coordinación sea un arquitecto o arquitecto, en cuanto son titulaciones que incluyen, específicamente y en profundidad, conocimientos científicos y técnicos suficientes sobre construcción de viviendas.

Procede señalar que la interpretación que precede coincide, en lo sustancial, con la mantenida por la Sala en su sentencia 89/11, de 11 de febrero, citada, por cierto, en la sentencia apelada.

TERCERO.- La interpretación precedente de la normativa aplicable, contrariamente a los que alega la Administración apelante, no vulnera el principio de libre competencia establecido en el art. 38 CE (RCL 1978, 2836) .

El principio de libre competencia no es absoluto (como no lo es ningún derecho ni principio constitucional), y tiene que someterse al juicio de ponderación cuando entre en concurrencia con otros principios, valores o derechos del Ordenamiento.

Esto dicho, vemos que en este asunto concurre un valor esencial cual es la seguridad y salud de los trabajadores en la realización de su trabajo, y exigir que la función de coordinación y control del cumplimiento de las normas que pretende garantiza ese valor (a su vez, derecho de los trabajadores), la realicen profesionales cuya titulación implique la preparación específica y profunda en el objeto del trabajo de que se trate (en este caso, la construcción de viviendas), en modo alguno puede verse como un obstáculo injustificado a la libre competencia de los profesionales de una determinada titulación, sino, todo lo contrario, como una exigencia proporcionada al fin de la esencial garantía del referido derecho de los trabajadores.”

Pola súa parte, igual liña argumental ten a Sentenza 408/2017, de 22 de decembro, dese mesmo Tribunal, recurso 164/2016, referido xa a unha edificación sanitaria.



A maiores a Sentenza nº 89/2011, ditada tamén polo TSX de Cantabria, no recurso 483/2001 promovido polo Colexio de Enxeñeiros Técnicos Industriais contra a Administración autonómica cántabra, tamén acadou un fallo desestimatorio, con cita, a súa vez, da Sentenza do TSX de Estremadura do 20.10.2008, que recollía:

“SEXTO.- La conclusión expuesta en el anterior fundamento sirve, en esencia, para rechazar todo el argumento sobre el que se estructura la demanda porque, a la postre, la base de esa argumentación está en que no hay vinculación entre técnicos a efectos de la Ley de Ordenación e la Edificación y Coordinador de Seguridad y Salud, lo cual no se sostiene por la Sala, conforme se ha visto, por la propia finalidad y literalidad de la Ley. Y ciertamente que sentada esa equiparación, se dispone de manera clara en la ya citada Disposición Adicional Cuarta que "las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para desempeñar la función de coordinador de seguridad y salud en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades", competencias y especialidades que no son otras que las establecidas en la propia Ley para, en este caso en concreto que nos ocupa, la dirección de la obra, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 , en relación con el artículo 2, de dicha Ley. Y la conclusión de lo expuesto es que si, como no se niega, los Ingenieros de Obras Públicas no están habilitados para la dirección de obras como la de autos, conforme a dichos preceptos, la conclusión no puede ser otra que la de quedar excluidos de la habilitación para ser designados Coordinador de Seguridad y Salud.”

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por CONSELLO GALEGO DE ENXEÑEIROIS TÉCNICOS INDUSTRIAIS contra o anuncio e os pregos que rexen a contratación, polo Servizo Galego de Saúde, de servizos de dirección de execución material e coordinación de seguridade e saúde das obras de construción dos centros de saúde de Narón, Saviñao e Pereiro de Aguiar e das obras de reforma e ampliación da área de urxencias do Hospital de Barbanza-Ribeira, expediente AB-SER3-18-065.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.