

INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA EL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARTICULARES QUE RIGE EL CONTRATO DE SERVICIOS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD QUE PRETENDE CELEBRAR LA ENTIDAD VALENCIANA DE VIVIENDA Y SUELO

(UM/042/23)

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D.^a María Ortiz Aguilar

D.^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D.^a María Jesús Martín Martínez

Secretaria del Consejo

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 18 de julio de 2023

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 18 de mayo de 2023, tuvo entrada en el Registro electrónico de la CNMC un escrito presentado por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Valencia a través del cual se interpone la reclamación prevista en el art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM, en adelante), contra el apartado 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP, en lo sucesivo) que rige el contrato de servicios de coordinación de seguridad y salud de las obras pendientes de finalización del edificio de 184 viviendas, locales y garajes ubicado en la parcela R-03 del sector

La Torre de Valencia (expediente CTAS-23/8), que pretende celebrar la Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo (EVHA, en adelante).

El apartado 5 combatido dice lo siguiente:

“Para la ejecución del contrato se exige un Coordinador de Seguridad y Salud en fase de ejecución de las obras, que sea arquitecto o arquitecto técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades, y que posea adicionalmente la titulación de Técnico Superior en Prevención de Riesgos laborales, especialidad en Seguridad en el Trabajo. Deberá contar con un mínimo de cinco años de experiencia como coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de obras de edificación.

El adjudicatario se compromete a adscribir a la ejecución del contrato los medios personales relacionados en su proposición, constituyendo una obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 211 de la Ley de Contratos de Sector Público el mantener y no variar a los miembros del equipo facultativo ofertados, salvo causa justificada y previa autorización del órgano de contratación.”

A juicio del Colegio reclamante, la reserva de actividad que se consagra en el apartado transcrito en favor de los arquitectos y los arquitectos técnicos no está justificada *“en base al principio de necesidad y proporcionalidad que establece el artículo 5 de la LGUM.”*

Dado que la competencia para tramitar el procedimiento regulado en el art. 26 LGUM corresponde a la Secretaría para la Unidad de Mercado (SUM, en lo sucesivo), el 22 de junio de 2023 se remitió a ésta la reclamación presentada.

Cinco días más tarde, la SUM dio traslado a esta Comisión de la reclamación para la formulación de aportaciones, de acuerdo con lo previsto en el apartado 5 del art. 26 LGUM.

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

- “1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.*
- 2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”*

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como *“cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los*

recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”. Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.”

En el caso que nos ocupa, el acto administrativo frente al que se dirige la reclamación afecta al ejercicio de la actividad de coordinación de seguridad y salud durante la fase de ejecución de las obras de construcción de unas viviendas, locales y garajes. Se trata, por ende, de una actividad de carácter profesional que se presta en condiciones de mercado, por lo que resulta de aplicación la LGUM.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

Con carácter previo, interesa hacer referencia a los hechos anteriores al inicio del procedimiento de contratación en cuyo marco se ha aprobado el PPTP controvertido, pues, como veremos, revisten cierto interés para comprender el caso que se somete aquí a nuestro conocimiento.

El 1 de marzo de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los pliegos del contrato de servicios que pretendía celebrar la Dirección General de la EVHA¹.

El contrato tenía por objeto la prestación del servicio de coordinación de seguridad y salud de las obras pendientes de finalización del edificio de 184 viviendas, locales y garajes ubicado en la parcela R-03 del sector La Torre de Valencia, y su valor estimado asciende a 36.493,28 €.

Sin embargo, el 14 de marzo de 2023 se anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público el desistimiento del procedimiento, formalizado mediante la Resolución, de idéntica fecha, del Director General de la EVHA.

Según la resolución citada, el desistimiento trae causa de la estimación por el órgano de contratación del recurso de reposición interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos Técnicos de Valencia contra el apartado 5 del PPTP, cuyo tenor literal era el siguiente:

“Para la ejecución del contrato se exige un Coordinador de Seguridad y Salud en fase de ejecución de las obras, que sea arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades, y que posea adicionalmente la titulación de Técnico Superior en Prevención de Riesgos laborales, especialidad en Seguridad en el Trabajo. Deberá contar con un mínimo de cinco años de experiencia

¹ Expediente: [CTAS-23/2](#).

como coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de obras de edificación.

El adjudicatario se compromete a adscribir a la ejecución del contrato los medios personales relacionados en su proposición, constituyendo una obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 211 de la Ley de Contratos de Sector Público el mantener y no variar a los miembros del equipo facultativo ofertados, salvo causa justificada y previa autorización del órgano de contratación.”

La Resolución de desistimiento indica que el recurso de reposición interpuesto se fundamentaba en la vulneración por el apartado reproducido de la Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones profesionales de los arquitectos técnicos; la Orden ECI/3855/2007, de 27 de diciembre; la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación; y el Real decreto 1627/97, de disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción, así como de la jurisprudencia que las interpreta.

No obstante, se desconocen los concretos argumentos en los que se ha basado la resolución estimatoria del recurso de reposición, ya que la Resolución de desistimiento no hace mención a los mismos y aquella no ha sido objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Tras el desistimiento, la EVHA inició un nuevo procedimiento con idéntico objeto. El anuncio de licitación y los pliegos correspondientes fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 25 de abril de 2023².

De la comparación entre el apartado 5 del nuevo PPTP y el apartado 5 del PPTP incluido en el expediente administrativo del procedimiento de contratación terminado mediante desistimiento resulta que los ingenieros y los ingenieros técnicos quedan excluidos de la prestación del servicio objeto de licitación, quedando reservada esta actividad en exclusiva a aquellas personas que cuenten con el título de arquitectos o arquitectos técnicos.

Expuestos los antecedentes fácticos en la forma descrita, nos adentramos en el análisis de la reserva de actividad discutida por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Valencia; análisis que necesariamente ha de realizarse de acuerdo con las disposiciones contenidas en la LGUM.

El art. 5 de esta norma consagra el principio de necesidad y proporcionalidad en los términos que siguen:

“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11

² [Expediente CTAS-23/8.](#)

de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá guardar relación con la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser proporcionado de modo tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

3. La necesidad y proporcionalidad de los límites o requisitos relacionados con el acceso y el ejercicio de las profesiones reguladas se evaluará de conformidad con el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.”

Desde esta perspectiva, resulta claro que el apartado 5 del PPTP del contrato constituye un límite a la prestación del servicio de coordinación de seguridad y salud para todos aquellos profesionales que no ostenten el título de arquitectos o arquitectos técnicos.

Además, en la medida en la que la exigencia examinada se configura como un requisito de solvencia profesional, conforme a lo previsto en la cláusula 5.1 y en el apartado L) del anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP, en lo sucesivo) y del apartado L) del anexo I, el límite que contempla el apartado 5 del PPTP se erige en un obstáculo para participar en el procedimiento de contratación y, por ende, obtener la condición de adjudicatario.

Siendo esto así, para que el límite comentado se ajuste al principio de necesidad y proporcionalidad se ha de justificar por el órgano de contratación, ex art. 5 LGUM, que hallarse en posesión de la titulación en Arquitectura o en Arquitectura Técnica es necesario para salvaguardar una razón imperiosa de interés general y que, además, no existe otro medio menos restrictivo o distorsionador para el ejercicio de la actividad en la que consiste el servicio objeto del contrato.

Y lo cierto es que, a la vista de la información a la que este organismo ha podido acceder por encontrarse publicada en el Plataforma de Contratación del Sector Público, hemos de concluir que asiste la razón a la reclamante cuando afirma que la exigencia prevista en el apartado 5 del PPTP no está justificada en términos de necesidad y proporcionalidad, ya que la estimación del recurso de reposición de la que trae causa la redacción de aquél no se ha fundamentado, aparentemente, en lo dispuesto en el art. 5 LGUM.

Esta Comisión es conocedora de que a partir de la Sentencia de 13 de diciembre de 2021 (rec. 4486/2019), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha ido sentando una jurisprudencia según la cual la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, establece una reserva competencial de actividad en favor de determinados profesionales que se revela compatible con las exigencias establecidas en el art. 5 LGUM, en cuanto cabe apreciar que concurre una razón imperiosa de interés general vinculada a la seguridad de las personas, que justifica la restricción al ejercicio de esta actividad

por otros profesionales, en los términos del art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

Ahora bien, la jurisprudencia aludida se ha sentado en relación con actividades distintas de la que constituye el objeto del contrato que pretende celebrar la EVHA, en particular con la redacción de certificados para obtener una licencia de segunda ocupación de un inmueble destinado a vivienda y la emisión de los informes de inspección técnica de edificios; por lo que si se pretenden aplicar los razonamientos en los que se basa dicha jurisprudencia a un supuesto de hecho distinto, se ha de motivar su pertinencia y hacerlo, en nuestra opinión, con especial énfasis en el principio de necesidad y proporcionalidad de tan repetida cita.

Para concluir, interesa traer a colación la reciente Sentencia, de 22 de junio de 2023, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 1/2018), según la cual:

“Como hemos indicado los principios de necesidad y de proporcionalidad obligaban a motivar y a justificar la necesidad de exigir límites para el acceso a una actividad económica en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general.

No cuestionamos con este pronunciamiento la competencia ni la regulación del Ayuntamiento de Málaga, sino que exclusivamente revisamos que la autoridad local ha dictado los preceptos impugnados apoyándose únicamente en las limitaciones previstas en la legislación autonómica sectorial, sin acreditar que podían existir limitaciones con una interpretación menos restrictiva a la regulada para conjugar la protección del interés general y el ejercicio de una competencia efectiva en dicho sector económico.”

En definitiva, a juicio de este organismo, el apartado 5 del PPTP y, por extensión, la cláusula 5.1 y el apartado L) del anexo I del PCAP que rigen el contrato de servicios de coordinación de seguridad y salud de las obras pendientes de finalización del edificio de 184 viviendas, locales y garajes que pretende celebrar la EVHA son contrarios al art. 5 LGUM.

V. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

- 1ª.** El requisito de solvencia profesional consistente en hallarse en posesión de la titulación en Arquitectura o Arquitectura Técnica previsto en el apartado 5 del PPTP que rigen el contrato de servicios de coordinación de seguridad y salud de las obras pendientes de finalización del edificio de 184 viviendas, locales y garajes que pretende celebrar la EVHA, y configurado como tal requisito de solvencia profesional en la cláusula 5.1

y el apartado L) del anexo I del PCAP, constituye un límite al ejercicio de la actividad objeto de contratación.

- 2ª.** Dado que, a la vista de la información a la que este organismo ha podido acceder por encontrarse publicada en el Plataforma de Contratación del Sector Público, el límite establecido al ejercicio de la actividad no se ha justificado por el órgano de contratación en términos de necesidad y proporcionalidad, dicho límite resulta contrario a lo dispuesto en el art. 5 LGUM.