



VICEPRESIDENCIA
PRIMERA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE HACIENDA

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso nº 533/2024 C.A. Illes Balears 29/2024

Resolución nº 968/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 29 de julio de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. M. S. L., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (en adelante, CNC) contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación del contrato de obras para la *“ejecución de la fase II del Palacio de Congresos de Ibiza”*, con expediente referencia EXP2024/001140, convocado por el Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu (Ibiza-Islas Baleares), financiado por la Unión Europea a cargo de los fondos NextGeneration-UE, desarrollado dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santa Eulària des Rius de fecha 27 de marzo de 2024 se acordó aprobar el expediente de contratación EXP2024/001140 para llevar a cabo la licitación de la Fase II. Palacio de Congresos de Eivissa y sus pliegos, sin división en lotes y con un valor estimado de 27.921.563,54 00 € (sin impuestos), bajo los siguientes códigos de clasificación CPV:

45212300 - Trabajos de construcción de edificios culturales y relacionados con el arte.

45212321 - Trabajos de construcción de auditorios.

45212340 - Trabajos de construcción de salas de conferencias.

45213150 - Trabajos de construcción de edificios de oficinas.



Segundo. La licitación fue enviada a su anuncio al DOUE el 3 de abril de 2024 y publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 4 de abril de 2024, anunciando el procedimiento de licitación abierto y con fecha máxima para la presentación de proposiciones hasta el día 29 de abril de 2024 al as 19:00 horas.

Tercero. Según el certificado expedido por la Secretaria del Ayuntamiento de Santa Eulària des Rius a la fecha de la remisión del expediente a este Tribunal, no hay ninguna oferta presentada para esta licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Cuarto. El 25 de abril del presente, el Secretario General de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (en adelante, CNC), formaliza en sede electrónica este recurso especial en materia de contratación contra los pliegos rectores de esta licitación para un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, instando la anulación de varias de sus cláusulas.

Quinto. La Secretaría del Tribunal reclamó el expediente y el informe del órgano de contratación, que fue remitido en plazo y en forma y siguiendo el curso de este procedimiento de revisión de actuaciones administrativas en materia de contratos del sector público y así en la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Sexto. Por Acuerdo adoptado por este Tribunal de 9 de mayo de 2024 se apreció que *prima facie* que, no concurría ninguna causa de inadmisibilidad del recurso y se decretó conceder la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que ésta afecte la plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP, y 22.1. 1º del RPERMC, y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 3/10/2020).

Segundo. El recurso especial en materia de contratación se formaliza en relación con un contrato de obras sujeto a regulación armonizada de valor superior a 100.000 € (artículo 44.1, a) de la LCSP), y se contrae a una actuación susceptibles de revisión en esta sede, los pliegos (artículo 44.2 a) del mismo cuerpo legal).

Tercero. La recurrente la CONFEDERACIÓN NACIOAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC) está legitimada para impugnar los pliegos, en virtud de la legitimación corporativa que ostenta al amparo del artículo 48 in fine de la LCSP.

En cuanto a esta legitimación corporativa, el artículo 48 de la LCSP dispone en su inciso final que:

“En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Concurre en la CNC legitimación para recurrir unos pliegos cuyo contenido considera nulo y lesivo de los intereses de las empresas del sector que representa, en especial centrada su impugnación en una cláusula que considera restrictiva de la concurrencia competitiva de los operadores económicos.

Como se indicó en la Resolución nº 898/2021, de 15 de julio, en relación con la misma entidad reclamante:

“Debe entenderse que la reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello. A este respecto, cabe recordar que, como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones de este Tribunal, (entre ellas, las nº 29/2011, nº 248/2012 y, muy



particularmente, por referirse a esta misma recurrente, en la muy reciente nº 219/2013), “parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos”.

Tal y como se argumenta en esas resoluciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo en defensa de intereses colectivos de manera que abarca casos como el presente (por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 mayo de 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto de la reclamación.

Cuarto. En cuanto al plazo para la presentación del recurso, se ha de tener en cuenta la aplicación del plazo general de quince días hábiles del artículo 50 de la LCSP, pues no resulta aquí aplicable el plazo especial de diez días naturales, preceptuado en el artículo 58 del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, reservado para los actos de adjudicación de los contratos, pues aquí se impugnan los pliegos rectores de la licitación.

Este recurso se ha tramitado con preferencia y urgencia en esta sede por así venir exigido en el artículo 58.2 del Real Decreto –Ley 36/2020, introducido por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del R.D.-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Quinto. La CNC impugna los pliegos de esta licitación para el contrato de obras pues a su juicio se vulneran los principios de equidad, proporcionalidad y transparencia, además de resultar contrarios a cualquier principio de la contratación, empezando por la buena fe contractual.



En concreto, bajo dichos principios, se impugnan los siguientes apartados del cuadro de características anejo al PCAP:

1. El apartado E del cuadro de características sobre el plazo de garantía, en relación con el apartado K del mismo cuadro, en cuanto a los parámetros objetivos para identificar ofertas anormalmente bajas, en su punto 4.

En conexión con los apartados referidos y circunscritos a distintos aspectos de la garantía, además la CNC impugna el apartado R del cuadro de características en el punto 10 sobre las penalidades referidas al incumplimiento de la garantía.

Por su parte, relaciona estos apartados impugnados con el apartado 37 del PCAP sobre la ampliación de los supuestos por los que debe responder la garantía que presta el contratista.

Y, además, se recurre el doble criterio de adjudicación en relación a la garantía que en total supone el 15% del peso total de la licitación.

A juicio de la CNC recurrente, *“Todas estas cláusulas, que hemos reseñado, no son ajustadas a derecho, por configurar la garantía de una forma desproporcionada en sí misma, ajena a los fines legales que la justifican. Y totalmente desproporcionada en cuanto a su configuración como criterio de adjudicación. Un licitador, para obtener, nada más y nada menos que 15 puntos sobre 100, debe de incrementar el período de garantía hasta 16 años y medio (¿?) y ampliar las prestaciones de la garantía a:*

- *Tareas de mantenimiento y conservación.*
- *Sistemas de vigilancia.*
- *Al soporte informático”.*

A su juicio, todo ello va en contra de los requisitos que para los criterios de adjudicación instituye el artículo 145.5 de la LCSP y en todo caso, resultan desproporcionados y explica:



“Además de la evidente falta de proporcionalidad, existe una clara indefinición ya que se articula como criterio de adjudicación (automático u objetivo; hasta 15 puntos), la ampliación de las prestaciones del periodo de garantía durante todo el periodo de garantía respecto de las obligaciones señaladas en el Anexo 17, el cual es inexistente. Dicha omisión no solo es relevante a los efectos de ofertar una ampliación, sino que implícitamente indica que existen otras prestaciones, que desconocemos, a desarrollar en el periodo de garantía, las cuales es necesario conocer y son determinantes para valorar todo el coste de la ampliación temporal de la garantía, puesto que se constatamos que las obligaciones del periodo exceden de las estrictamente legales.

Como es fácilmente comprensible, el tener que ampliar más de 16 años el periodo de garantía y, al menos, a toda la conservación del edificio, el mantenimiento informático y el sistema de vigilancia, para obtener quince puntos es totalmente desproporcionado.

Resumiendo: Ni está vinculado este criterio al objeto del contrato, ni es proporcional, ni se garantiza que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia.

Además, el Ayuntamiento de Santa Eulalia del Rio no ha justificado en el PCAP acerca de por qué la naturaleza o complejidad de la obra haría necesario un periodo de garantía tan amplio, como exige el apartado 3 del artículo citado.

Es evidente que la configuración de la ampliación del plazo de garantía hasta un máximo de 200 meses sin incurrir en temeridad como criterio de adjudicación no se ha formulado de manera objetiva ni respeta el principio de proporcionalidad. La Resolución 409/2023, dictada por la sección 2ª de este Tribunal en fecha 27 de abril “reconoce un amplio poder de discrecionalidad al órgano de contratación para determinar los criterios de adjudicación, siempre que tales criterios guarden relación con el objeto del contrato, no conculquen la concurrencia y sean conformes a los principios de igualdad y proporcionalidad”.

2. Impugnación del apartado R del cuadro de características en su punto 10 sobre las penalidades.

A juicio de la CNC “este régimen de penalidades establecido en el pliego es arbitrario y no ajustado a derecho Existe incongruencia entre las previsiones del apartado D del Cuadro



de Características del PCAP y la Ordenanza municipal aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Santa Eulalia del Río el 25 de septiembre de 1990”.

Tacha este régimen de indefinido, concediendo según su opinión, facultades desorbitantes generadoras de inseguridad jurídica. Así por ejemplo, en las penalidades por demora o incumplimiento de los plazos parciales, la representación de la Confederación alega que:

“Pues bien, la elección del plazo de ejecución ya, de partida, supone que el adjudicatario va a ser objeto de penalidades por demora, ya que se desconocen las ordenanzas municipales. El plazo de ejecución del contrato estipulado en el apartado D del Cuadro de Características del PCAP (ver págs. 7 y siguientes) es inviable por incumplir de la normativa local de aplicación respecto de la ejecución de obras en periodos estivales. Los periodos de paralización de las obras por periodo turístico estival contempladas en el pliego, son diferentes e inferiores a los previsto por la normativa municipal de aplicación.

El apartado D del Cuadro de Características del PCAP se encarga de regular el plazo de ejecución de la obra y lo “establece en 30 meses a contar desde la firma del acta de replanteo”. También aparece elaborado un programa de trabajo con los hitos parciales y los objetivos que debe cumplir el contratista en cada fecha.

Se establece como fecha de inicio de las obras el 15 de septiembre de 2024, y el primer hito parcial crítico es el 31/12/2024”.

Estos plazos de ejecución, a juicio de la CNC son contrarios a la Ordenanza Local de 25 de septiembre de 1990 sobre normativa para la paralización de las obras en época turística.

3. Impugnación de todo el régimen de penalidades del apartado R del cuadro de características del contrato.

Esgrime la CNC que: *“El PCAP regula en el apartado R de su Cuadro de Características del Contrato las penalidades específicas de este contrato (ver pág. 25 y siguientes). El régimen de penalidades en su totalidad debe ser declarado nulo. Es desproporcionado e incongruente y, en algunos casos, como ahora veremos, excesivamente genérico, lo que supondrá que la imposición de penalidades acabe dependiendo de los criterios subjetivos*

del órgano de contratación. En otros postula inseguridad jurídica y falta de precisión en su tipificación, por cuanto en su configuración no se distinguen criterios de graduación a fin de determinar si las mismas pueden ser imputadas como graves o muy graves”.

4. Impugnación del apartado S del cuadro de características referido a la obligación del contratista de emitir la certificación bajo sanción de resolución del contrato en caso de inclusión de partidas no realizadas.

Según la CNC se traslada al contratista una obligación que corresponde al órgano de contratación, con la consecuencia de que ante una errónea certificación se pueda resolver el contrato contrario a la regla general del artículo 150 del Reglamento de la Ley de contratos del Sector Público, además de apuntalar en el cuadro de características una causa de resolución del contrato no prevista en el artículo 211 de la LCSP, de las generales o en el artículo 245 de la LCSP de las especiales para el contrato de obras.

A juicio de la Confederación estas obligaciones que se convierten en caso de incumplimiento en causa de resolución del contrato son *contra legem* y cita varios preceptos de la LCSP, entre otros, los artículos 122 y 126 de la LCSP.

5. Sobre los criterios de adjudicación del contrato, también se recurre el correspondiente al programa de cumplimiento normativo o compliance penal con 5 puntos, considerándolo discriminatorio y con la finalidad de expulsar de la licitación a las PYMES.

Analizada con profundidad este criterio de adjudicación para concluir que conculca los requisitos del artículo 145.5 de la LCSP.

6. Sobre las mejoras: en cuanto a las mejoras contempladas en el cuadro de características del contrato también la CNC las reputa contrarias a las prescripciones de la LCSP, en concreto, contrarias al artículo 145.7 de la LCSP.

7. Sobre las condiciones especiales de ejecución del contrato del apartado M.1. a) sobre la igualdad entre hombres y mujeres también es impugnada esta condición por no estar vinculada al objeto del contrato.

Por todo ello, la CNC suplica la estimación del recurso y la declaración de nulidad de las cláusulas del pliego y del cuadro de características del contrato en lo tocante a penalidades, garantías, condiciones de ejecución y mejoras por no ser ajustadas a Derecho.

Sexto. La posición del órgano de contratación es expuesta en el informe de fecha 9 de mayo de 2024 firmado por la alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Santa Eulària des Rius, Eivissa, en este se pronuncia sobre algunos motivos de impugnación de las cláusulas referidas en el escrito de formalización del recurso de CNC, oponiéndose a su estimación:

1.Sobre la nulidad del plazo de ejecución del apartado D del cuadro de características. En particular sobre esta impugnación, el Ayuntamiento redactor de los pliegos y del cuadro de características subraya en su informe que:

“Es competencia del Ayuntamiento adoptar las medidas legales necesarias para poder evitar la problemática que comporta la ejecución de las obras en plena temporada turística y fijar horarios y limitar el tipo de obras que se pueden ejecutar en dicha época.

En este caso, se trata de obras de interés municipal financiadas por fondos europeos, de forma que pueden ser excepcionadas del régimen general de obras si así lo considera necesario el Ayuntamiento, como ya ha hecho en otras ocasiones. El calendario de obras que contiene el proyecto se encuentra ajustado al régimen de obras previstas por el mismo Ayuntamiento y a la necesidad de ejecutar el contrato en los plazos necesarios para obtener la financiación correspondiente, mediante el «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - Financiado por la Unión Europea – Next Generation EU».

Por último, en los pliegos se ha advertido de la necesidad de paralizar las obras durante el periodo que consta en el contrato.

De forma que, actuando el Ayuntamiento bajo el principio de administración única, no se da la nulidad del plazo de ejecución, puesto que es perfectamente ejecutable”.

2. Sobre la nulidad de las condiciones de solvencia de apartado F.5 del cuadro de características.

En contra de lo esgrimido por la recurrente CNC, el informe del órgano de contratación defiende así su legalidad:

“La adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista debe ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación.

Considerando la complejidad técnica del contrato el pliego prevé que para la ejecución de este contrato es necesario que el adjudicatario adscriba específicamente mediante una relación detallada la maquinaria y personal técnico del que se dispone o dispondrá en la fecha de firma del acta de replanteo, a la que se adjuntará el título de propiedad o documento acreditativo de efectiva disponibilidad, con identificación nominal e individual de la maquinaria (matrículas o números de bastidor) y personas con titulación.

Basta examinar el apartado F.5. CONCRECIÓN DE LAS CONDICIONES DE SOLVENCIA del PCAP para comprobar que la definición de los medios personales y/o materiales es suficiente y se detalla claramente en el modelo del ANEXO 11 la forma en la que se debe acreditar.

Se hace constar que se ha resuelto en el trámite de consultas efectuadas al PCAP para acreditar la idoneidad del personal técnico exigible deberá aportarse en el SOBRE nº1 el ANEXO 11 y el curriculum vitae, y no deberá aportarse CV de las cuadrillas de albañiles, pintores e instaladores, únicamente del personal técnico a poner a disposición de la obra, que se indica en el apartado F5 del CUADRO DE CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE OBRAS PARA LA EJECUCIÓN DE LA FASE II DEL PALACIO DE CONGRESOS DE EIVISSA. Para acreditar la idoneidad del personal técnico exigible deberá aportarse su curriculum vitae, en el que

deberán quedar reflejadas claramente las obras en las que ha intervenido, conforme siguiente cuadro, que consta en el ANEXO 11:

(...).

Al respecto, citamos que este Tribunal, en resolución nº778/2022, de 23 de junio, aclara que la concreción de los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional es una decisión que corresponde al órgano de contratación, en el ejercicio de su discrecionalidad técnica:

(...).

Cuando se señala que deberá constar “Además, personal propio, distribuido en cuadrillas y oficios, suficiente para la realización de los trabajos descritos en el proyecto y poder dar cumplimiento a los plazos máximos y a los rendimientos estimados en el plan de obra”, se trata de garantizar el suficiente personal en la obra.

Se trata de una previsión legal, del artículo 76.2 LCSP

(...).

Atendiendo a la complejidad de la obra, entendemos que los medios materiales y personales requeridos están perfectamente delimitados mediante su definición en el pliego, el modelo y, además, son razonables, justificados y proporcionales a la entidad y características del contrato, y no limitan la participación de las empresas en la licitación.

Se trata de garantizar medios materiales “suficientes”, y a la vista del precepto y la previsión en pliegos, entendemos que no hay duda en cuanto a la finalidad y sentido de la cláusula discutida por la recurrente.

Por otra parte, es menester advertir que, ante cualquier duda o aclaración a los pliegos, se ha abierto un período en el que los interesados pueden plantear aquellas

cuestiones que según cada una de ellas necesiten aclaración y se ha publicado en la PLACSP la resolución de Alcaldía respecto de las consultas, aclaraciones y correcciones por delegación del órgano de contratación, y las mismas son vinculantes.

Ello, en aplicación del artículo 138 LCSP (...).

De esta forma, no solo esta, sino todas las alegaciones de la recurrente basadas en la supuesta inconcreción o incoherencia de los pliegos son fácilmente reconducibles al trámite de aclaraciones previsto en el precepto antes citado.

Basta recordar que los actos administrativos gozan de las presunciones de validez y acierto y ello supone el reconocimiento del principio favor acti, conforme a lo establecido en el art. 103 de la Constitución Española y en los arts. 50 y 51 Ley 39/2015.

De forma que, si la Ley 39/2015 contiene una serie de previsiones para salvaguardar aquella actividad de la administración que pueda ser, por una parte, aprovechada (convertida, conservada, convalidada) y, por otra, la limitación de la transmisión de la invalidez entre actos (sucesivos o interrelacionados, máxime todas aquellas cuestiones que puedan ser aclaradas en el trámite del artículo 138 LCSP, no deben comportar la nulidad de una cláusula por inconcreción.

Que reiteramos, tampoco es el caso, pero si pone en evidencia que la recurrente pudiendo efectuar aquellas consultas y aclaraciones a los pliegos que considere necesarias, se limitado a impugnar por nulidad el pliego”.

3. Sobre la nulidad del criterio de adjudicación relativo a la ampliación de las prestaciones del período de garantía del apartado K.4 del cuadro de características.

Tras transcribir el contenido literal de este criterio de adjudicación objetivo de ampliación del plazo de garantía, apuntala que se considera desproporcionada la oferta que supere los 200 meses y que esta limitación ha sido acogida por el propio Tribunal al que se dirige, para concluir que no es una cláusula nula y así expresa que:



“De forma que estamos ante una previsión que encaja perfectamente en la normativa y que se encuentra dentro de la razonabilidad, y así se ha confirmado por este tribunal en otra resolución antes citada (Resolución número 727/2023)”.

4. Sobre la nulidad de las condiciones especiales de ejecución del contrato relativas a la contratación de mujeres del apartado M.1 a) del cuadro de características.

Defiende el órgano de contratación la correcta inclusión de esta cláusula como condición especial de ejecución del contrato y matiza que:

“El artículo 201 LCSP obliga a los órganos de contratación a tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen, entre otras, las obligaciones aplicables en materia social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional que vinculen al Estado.

Se cumplen los requisitos de operatividad de las condiciones especiales de ejecución:

- Inclusión en el anuncio de licitación y en el pliego, o en el contrato.*
- Exigencia respecto a la fase de ejecución del contrato.*
- Carácter no discriminatorio de las condiciones que se establezcan.*

Son admisibles las condiciones de ejecución con la finalidad de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, conforme señala el artículo 202.2 LCSP “eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar”.

E insiste en que:

“Que se diga en la “medida de lo posible” no es inconcreción, se refiere a la posibilidad que ofrezca el mercado, lo que es fácilmente acreditable en fase de ejecución del contrato:

“En el caso de que para la ejecución del contrato sea necesaria una contratación nueva de personal y la empresa contratista o subcontratista cuente con una representación desequilibrada de mujeres en plantilla, y siempre que sea posible por las circunstancias del objeto del contrato público deberá para la ejecución del contrato y durante el plazo de ejecución, dar preferencia a la contratación de mujeres. Se entenderá por plantilla desequilibrada aquella que cuente con una representación o presencia de mujeres inferior al 50% del total de la misma.”

De nuevo, no se ha solicitado aclaración alguna al respecto de la cláusula cuya nulidad esgrime la recurrente”.

5. Sobre la nulidad de las penalidades específicas del apartado S del cuadro de características.

En contra de los argumentos de CNC, el informe del Ayuntamiento advierte que, ante los motivos expuestos por la recurrente:

“Señala que el régimen de penalidades no se ajusta a Derecho, por dos razones; (1) adolece de indefinición y (2) traslada al contratista la responsabilidad de terceros y de la Administración en sus obligaciones de supervisión de proyectos.

a) Penalidades por incumplimientos respecto del personal ofertado (punto 4 del apartado R del Cuadro de Características del PCAP): Las penalidades están previstas en caso de “incumplimiento del compromiso de adscribir a la ejecución del contrato el personal ofertado por el adjudicatario de conformidad con los criterios de valoración del contrato”, por lo que la falta de personal será objeto de penalidad. Se aclara que se refiere al incumplimiento del personal adscrito al contrato conforme al ANEXO 11, relativo a la adscripción de medios personales y materiales.



b) Penalidades referidas al incumplimiento de la garantía y mantenimiento (punto 10 del apartado R del Cuadro de Características del PCAP): Se trata de una errata, al no constar, efectivamente, el porcentaje que se aplicará sobre el precio y se ha procedido a su corrección.

c) Penalidades por desviaciones (punto 8 del apartado R del Cuadro de Características del PCAP): Se ha corregido la redacción de forma que queda más claro el objeto de la penalidad:

“8. Penalidades por desviaciones en el proyecto analizados por el contratista en su oferta en virtud de los cuales hubiera obtenido alguna puntuación en el criterio de valoración.

En caso de que el presupuesto de ejecución material de la obra adjudicada se desviare por exceso en más de un 20% del importe de adjudicación, motivada por errores u omisiones imputables al proyecto, que afecten a capítulos que hubieran sido analizados por el contratista en su oferta en virtud de los cuales hubiera obtenido alguna puntuación en el criterio de valoración y no hayan sido puestos de manifiesto en su oferta.

Sin perjuicio de la responsabilidad del técnico redactor del proyecto, se impondrán al contratista las siguientes penalidades:

a) En el supuesto de que no hubiera advertido del error en su propuesta y se produzca una desviación que sea de más del 20 por ciento y menos del 30 por ciento, la indemnización correspondiente será del 50% del importe del modificado referida a los capítulos objeto de análisis en su oferta, con el límite del 1% del precio de adjudicación del contrato, IVA excluido.

b) En el supuesto de que no hubiera advertido del error en su propuesta por ciento, la indemnización correspondiente será del 60 por ciento del importe del modificado referido a los capítulos objeto de análisis en su oferta, con el límite del 2% del precio de adjudicación del contrato.

c) En el supuesto de que no hubiera advertido del error en su propuesta y se produzca una desviación que sea de más del 40 por ciento, la indemnización correspondiente será del 70 por ciento del importe del modificado referido a los capítulos objeto de análisis en su oferta, con el límite del 3% del precio de adjudicación del contrato.

El importe de las citadas penalidades será objeto de aplicación en las relaciones valoradas de las certificaciones ordinarias, o en su defecto, de la certificación final.” y se produzca una desviación que sea de más del 30 por ciento y menos del 40

Respecto de la procedencia de la misma, se trata de un incumplimiento de obligaciones incluidas en los criterios de adjudicación cuyo objeto es controlar que la licitadora en la elaboración de su oferta ha examinado el proyecto de forma minuciosa, detectando posibles deficiencias que puedan dar lugar a desviaciones posteriores.

En concreto, se vincula con el criterio de adjudicación “1.1 Estudio y comprobación del proyecto de ejecución”.

Estos tipos de penalidades no tienen por objeto exclusivo corregir determinados incumplimientos contractuales a lo largo de su ejecución, sino también y como señala el Informe 6/01 de la JCCA, tienen una finalidad sancionadora, convencionalmente establecida, del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso, conforme al artículo 192:

“1. Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato”.



6. Sobre la nulidad de las causas de resolución del contrato del apartado R del cuadro de características.

Frente a la alegación de la recurrente de que no es posible añadir nuevas causas de resolución del contrato fuera de las relacionadas en la LCSP, el informe del órgano de contratación opone que:

“Según el artículo 211 f) LCSP es causa de resolución del contrato el incumplimiento de la obligación principal del contrato:

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

Señala el apartado R:

Además de las causas previstas para los contratos administrativos en los artículos 211, 245 y 313 LCSP, se considerarán las siguientes causas de resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales:”

De forma que, constando enumeradas de manera precisa clara e inequívoca en los pliegos, debemos examinar si cumplen con el artículo 34. LCSP, que señala:

(...).

Del examen de las mismas, consideramos que las causas señaladas no son contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, y que permiten garantizar un mejor cumplimiento del contrato”.

7. Sobre el criterio de mejora Proyecto escénico y cumplimiento de la LCSP. En contraposición al argumento de CNC de que se fracciona el proyecto, el informe del Ayuntamiento subraya que:

“El proyecto pretende la ejecución completa de un edificio de nueva construcción, en un entorno reducido al ámbito de la parcela donde se ubica dicho edificio, tratándose de una obra completa en sí misma.

La mejora que se pretende con el equipamiento escénico es un servicio que perfectamente puede ser contratado con posterioridad a la finalización del edificio, sin que impida en ningún momento que quede el mismo sin terminar.

Se trata de una mejora que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo.

Se trata, asimismo, de una mejora vinculada al objeto de la prestación (objetividad). Consta justificación de qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias.

Por tanto, en base a todo lo anterior, queda acreditado que no se produce vulneración de la normativa de contratación pública, y no se da ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 39 de la LCSP.

Por tanto, no puede admitirse en ningún caso la nulidad de pleno derecho del pliego ni consecuentemente ninguna alegación al contenido del mismo por parte de un licitador que ha presentado oferta conforme a lo previsto en el artículo 50 de la LCSP”.

Por todo ello, solicita la desestimación del recurso presentado por CNC contra los pliegos y las cláusulas del cuadro de características objeto de esta revisión.

Séptimo. Ante la significativa cantidad de cláusulas impugnadas, y con el objetivo de seguir un discurso racional, seguiremos el propio orden de los motivos de impugnación expuestos

en el recurso contra el cuadro de características del contrato de obras para la ejecución de la fase II del Palacio de Congresos de Eivissa.

Comenzaremos por la alegación primera, sobre el establecimiento de criterio de adjudicación desproporcionado y ajeno al objeto del contrato, así como establecimiento de exigencias irregulares en torno a la garantía.

Denuncia la recurrente que se establece una nueva categoría de penalidades referidas al incumplimiento de la garantía y mantenimiento, apartado R, punto 10, una ampliación de los supuestos por los que debe responder la garantía (apartado 37 del PCAL) y en la página 59, un doble criterio de adjudicación en relación con la garantía, que en total supone un 15% del peso de la licitación. Cláusulas que a juicio de la recurrente no son ajustadas a derecho por configurar la garantía de forma desproporcionada, ajena a los fines que la justifican y desproporcionada en cuanto a su configuración como criterio de adjudicación.

Sobre el plazo mínimo de garantía se establece en el apartado E del cuadro de características:

“E. PLAZO DE GARANTÍA.

24 MESES a contar desde la fecha de acta de recepción sin reparos.

Este plazo mínimo podrá ser objeto de ampliación por el adjudicatario si así lo ofrece, al ser éste un criterio de valoración de las ofertas por entender que es un parámetro objetivo de calidad de lo ejecutado.

No se prevé la posibilidad de solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía correspondiente a la recepción parcial de las obras”.

Por otra parte, el apartado K del cuadro de características del PCAP, indica, en cuanto a los parámetros objetivos para apreciar las ofertas anormalmente bajas, que estarán incursas en temeridad de forma automáticas aquellas ofertas que planteen una ampliación del plazo de garantía de más de 200 meses.



Por lo que concierne a la garantía y a la ampliación del plazo de garantía como criterio de valoración de las ofertas previsto en el apartado E, no puede estimarse la impugnación de CNC.

Nos hallamos ante un contrato de ejecución de obras que exigen un plazo mínimo de garantía, no es obstáculo ni es ajeno a la ejecución del mismo que el órgano de contratación extienda el plazo de garantía y lo evalúe como un criterio objetivo de adjudicación del contrato, pues se encuentra vinculado claramente al logro de una mayor calidad de lo ejecutado, tal y como se justifica sucinta pero suficientemente en la memoria del contrato y en el cuadro de características (apartado E citado) y es razonable pensar que el contratista que voluntariamente se obligue a incrementar el plazo de garantía extreme las medidas oportunas durante la ejecución de la obra para evitar que surjan defectos en la obra por los que haya de responder.

Por otra parte, cada licitador es libre, conforme a lo estipulado en el apartado C.3.1 del cuadro de criterios de adjudicación, de ofertar el plazo de ampliación de garantía que considere oportuno, obteniendo la máxima puntuación, en este caso 10 puntos la empresa que ofrezca la mayor oferta de meses de garantía y el resto de las ofertas se valorarán de forma proporcional, en función del número de meses ofertados. Para obtener 10 puntos no necesariamente ha de ofertarse un incremento de más de 16 años y medio en el período de garantía, dependerá de las concretas ofertas presentadas. Lo que sucede es que el criterio de adjudicación no se encuentra topado o limitado en cuanto a la ampliación del período de garantía, operando el apartado 4 de la cláusula K como un límite a fin de evitar ofertas desproporcionadas, amparado en el artículo 149 LCSP, por tanto, en la medida en que algún licitador sobrepase este límite se verá en la obligación de justificar adecuadamente su oferta, so pena de ser excluido del procedimiento por anormalidad de la oferta. En la medida en que se trata de una prestación que mejora la obligatoria, prevista en la cláusula 27.2 del PCAP, no es preceptiva la imposición de un límite máximo (Resolución 331/2024 de 17 de marzo y las que en ella se citan).

El criterio tal y como se encuentra formulado tampoco fija una puntuación desproporcionada (un 10% del total) atendiendo a la finalidad perseguida, que es asegurar la responsabilidad por los defectos de la construcción, que por otra parte afectan a la



“dotación de un equipamiento socio-cultural del máximo nivel” como se califica en la memoria del contrato, calificación que este Tribunal comparte.

No se aprecia infracción legal en la cláusula 37.2 del PCAP, su redacción se encuentra en línea con lo establecido en el artículo 238.2 y 243 LCSP.

Se impugna, juntamente con las anteriores cláusulas, la “ampliación de las prestaciones durante todo el período de garantía”, apartado C.3.2 del cuadro de los criterios de adjudicación, criterio por el que se pueden llegar a obtener hasta 5 puntos más:

En relación con el primer subcriterio, C.3.2.1 “desarrollo de tareas especiales de mantenimiento, conservación, reparación y reposición de elementos que se dañen, detallados en el ANEXO 17 que superan las señaladas en el Libro del Edificio (3 Puntos). La recurrente alega que existe una clara indefinición, pues se articula como criterio de adjudicación, la ampliación de las prestaciones del período de garantía y durante todo este período a las obligaciones señaladas en el Anexo 17, el cual es inexistente. Omisión relevante pues implícitamente indica que existen otras prestaciones, que se desconocen, a desarrollar durante el período de garantía, las cuales es necesario conocer y son determinantes para valorar el coste de la ampliación temporal de la garantía.

Además, señala que es totalmente desproporcionado tener que ampliar más de 16 años el período de garantía y al menos a toda la conservación del edificio, el mantenimiento informático y el sistema de vigilancia para obtener 15 puntos, ni se encuentra vinculado al objeto del contrato.

Dejando al margen lo expuesto en relación con el criterio C.3.1, en relación con el criterio C.3.2 se ha constatado la publicación en la PCSP del anexo 17, en fecha 3 de mayo de 2024, con motivo de una corrección de errores de los pliegos.

Este anexo precisa la obtención de 3 puntos en caso de suscribir dos compromisos relativos a tareas de mantenimiento y reparación:

“El Servicio de Garantía y Mantenimiento consistirá en el desarrollo de tareas especiales de mantenimiento, conservación y reparación o reposición de elementos

que se dañen, que superan las tareas que se señalan en el Proyecto de obras publicado, en concreto en el ANEXO IV INSTRUCCIONES-USO-MANTENIMIENTO y las que se concreten en el Libro del Edificio.

Las tareas especiales que se valorarán como mejora serán:

- 1. Compromiso de que el tiempo de respuesta a la petición del Ayuntamiento para la realización de las tareas de mantenimiento, conservación y reparación o reposición de elementos sea como máximo 48 horas y, en caso de urgencia, 3 horas.*
- 2. Compromiso de que los efectivos para los trabajos del mantenimiento, conservación y reparación o reposición de elementos sea por personal con presencia en la isla de Eivissa. Deberá ofertarse la totalidad de los compromisos para la obtención de los puntos del criterio de adjudicación”.*

Debe acogerse el motivo de impugnación del subcriterio C.3.2.1, por una parte, el criterio adolece de falta de concreción y transparencia. Pese a la publicación del anexo 17, no se encuentran detalladas qué concretas tareas especiales son estas “*que superan las tareas que se señalan en Libro del Edificio*” y sobre qué concretos elementos, van a recaer la ampliación de las prestaciones durante todo el período de la garantía. La redacción adolece, por tanto, de una gran indefinición que no subsana este anexo, sino que la agrava, al referirse a las tareas especiales que “superen lo establecido en el proyecto de obras publicado” y solamente concreta los compromisos en materia de tiempo de respuesta y de efectivos, que no son propiamente tareas especiales.

En segundo lugar, no guarda relación con el objeto del contrato, siendo este puro de ejecución de obras (no mixto de obras y servicios) ni en consecuencia, con las prestaciones a las que alcanza la garantía, requisito imprescindible para configurarlo tanto como criterio de adjudicación como mejora (artículos 145 y 146 LCSP). La garantía en este contrato se extiende sobre la obra ejecutada, respondiendo de los defectos que se observen en esta, pero no sobre otros aspectos ajenos al objeto del contrato referidos a servicios de mantenimiento durante la vida útil del bien inmueble, como parece dar a entender la



remisión al Anexo IV, instrucciones de uso y mantenimiento, que se refieren a actuaciones periódicas para preservar la estética y la funcionalidad del edificio, responsabilidad del propietario.

Los otros dos subcriterios objeto de valoración C.3.2.2 y C.3.2.3, hacen referencia a la ampliación de las prestaciones durante todo el período de garantía a sistemas de vigilancia especial para prevenir actos vandálicos (1 punto) y al sistema de gestión del mantenimiento asistido por ordenador (GMAO) como soporte informático para la organización y gestión del servicio (1 punto). Debe acogerse igualmente este motivo de impugnación, pues por una parte, tampoco se precisa en qué consiste la prestación en relación con los sistema de vigilancia especial y el sistema de gestión del mantenimiento asistido por ordenador y por otra, entiende este Tribunal que no se encuentra vinculado al objeto del contrato, en el sentido definido en los artículos 145 y 145.6 LCSP, pues al igual que sucede con el subcriterio anterior ambos elementos no se integran en la prestación que se ha de realizar, que es la ejecución de la obra conforme al proyecto aprobado, por lo que procede estimar el motivo y declarar la nulidad de la cláusula.

Por último, debe estimarse la impugnación del apartado R.10 por cuanto, como el órgano de contratación reconoce, allanándose a la misma, se trata de una errata al no constar, efectivamente, el porcentaje que se aplicará sobre el precio y se ha procedido a su corrección, por lo que debe completarse su redacción.

Octavo. La alegación segunda del escrito de recurso denuncia el régimen de penalidades establecido en el pliego, al que califica de arbitrario, así como la incongruencia entre las previsiones del apartado D del cuadro de características del PCAP y la ordenanza municipal aprobada por el Pleno de Santa Eulalia del Río el 25 de septiembre de 1990.

Para el recurrente la elección del plazo de ejecución supone de partida que el adjudicatario va a ser objeto de penalidades por demora, ya que se desconocen las ordenanzas municipales, siendo este plazo inviable por no cumplir con la normativa legal de aplicación respecto de la ejecución de las obras en períodos estivales. Se solicita tanto la anulación del plazo de ejecución como la penalización establecida por falta de adecuación del plazo efectivo de ejecución de acuerdo con la normativa vigente.



En cuanto al plazo de ejecución, el cuadro de características establece:

“D. PLAZO DE EJECUCIÓN.

La duración del contrato se establece entre la fecha de formalización del contrato y la fecha de recepción de la obra, sin perjuicio de la pervivencia de la relación contractual hasta la fecha en que legalmente proceda la devolución de la garantía definitiva.

El plazo para la recepción de la obra se establece en 30 meses a contar desde la firma del acta de replanteo de las obras.

De conformidad con el artículo 237 de la LCSP, la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo, que deberá producirse el día 15 de septiembre de 2024.

La ejecución de las obras se paralizará entre los días 15 de junio al 15 de septiembre de 2025, dada la necesidad de realizar las obras que puedan causar molestias fuera de la temporada de mayor intensidad turística.

1. Programa de trabajo.

La duración estimada de las obras es de 27 meses de trabajo efectivos, debido a que deberán paralizarse desde el 15 de junio al 15 de septiembre de 2025, por lo que el programa de trabajo que presente el licitador deberá ajustarse a tal circunstancia, sin que pueda el contratista reclamar nada en concepto de suspensión de obras.

Durante el periodo de paralización de las obras anteriormente citado, la contratista tendrá todas las obligaciones derivadas de la ejecución de la obra, incluyendo la limpieza, mantenimiento, vigilancia, seguridad y salud, y custodia de los materiales, etc., y no podrá reclamar ningún importe derivado de la paralización de ejecución de las obras.



Sin perjuicio de lo anterior, si fuese necesario suspender o prorrogar el contrato por circunstancias excepcionales, se actuaría de acuerdo con lo establecido en la LCSP.

No se prevén prórrogas del contrato”.

La duración de las obras es un área propia de la potestad discrecional del órgano de contratación que se rige por la salvaguarda del interés público.

No se observa infracción alguna de la penalidad establecida por demora, apartado R.1 del cuadro de características, cuya redacción se ajusta a lo prevenido en el artículo 193 LCSP y en todo caso, con independencia del plazo de ejecución marcado en los pliegos, es presupuesto necesario para su aplicación, conforme al apartado tercero del citado artículo, que concurra un incumplimiento imputable al contratista, supuesto en el que no encajaría la paralización de las obras por exigencias de la normativa municipal.

Sobre el plazo de ejecución, apartado D, la recurrente expone que es inviable por incumplir la normativa local de aplicación respecto de las obras en períodos estivales, ya que los períodos de paralización de las obras por período turístico estival contempladas en el pliego son diferentes e inferiores a los previstos por la normativa municipal de aplicación.

El órgano de contratación informa en relación con esta concreta cuestión que:

“Si bien en el recurso se alega la vigencia de la Ordenanza aprobada inicialmente en sesión plenaria de 25 de septiembre de 1990 “Normativa para la paralización de obras de época turística”, la misma se tiene que poner en relación con la normativa aprobada con posterioridad e indicada anteriormente, conforme a la cual es competencia de Alcaldía, establecer el régimen de obras en la temporada estival y adoptar las medidas correctoras y “las precauciones necesarias que considere necesarias para salvaguardar el derecho fundamental al necesario reposo y tranquilidad de los residentes, veraneantes y turistas”, así como “reducir al mínimo los niveles sonoros de perturbación de la tranquilidad ciudadana.” Para ello, el “ayuntamiento otorgará autorización expresa con limitación del horario en que se puede ejercer esta actividad”.



Como puede observarse en el documento “plan de desarrollo de trabajos”, publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público como anexo a los pliegos, se han tenido en cuenta tales medidas, y así ha sido aprobado el proyecto e indicado en los Pliegos que rigen la licitación, siendo que los meses principales de la temporada turística (15 de junio al 15 de septiembre), se garantiza el reposo y la tranquilidad de residentes y turistas. Todo ello sin perjuicio que de conformidad a la normativa local citada anteriormente, si tuvieran que realizarse obras que pudieran causar molestias en la temporada turística, se podrá acordar su autorización por la Alcaldía con la adopción de las precauciones necesarias para reducir al mínimo los niveles sonoros de perturbación de la tranquilidad ciudadana.

Entendemos que le asiste la razón al órgano de contratación, pues ha de tenerse en cuenta otras normas posteriores a la indicada por la recurrente. Tanto las normas subsidiarias de planeamiento del término municipal de Santa Eulària des Riu (BOIB de 8 de febrero de 2012) como la ordenanza municipal reguladora del ruido y las vibraciones en el municipio, de 27 de enero de 2017, que se aplica a las actividades de construcción y deroga las normas del mismo rango que sean incompatibles o la contradigan. La primera contempla en su artículo 4.1.16 que el Ayuntamiento podrá prescribir en la licencia condiciones particulares que supongan medidas especiales a adoptar durante la ejecución de cualquier obra que se realice durante los meses de mayo a septiembre para evitar molestias en las obras que se realicen en el término municipal. También podrá impedir que durante este período se ejecuten obras de demolición, movimientos de tierras o excavaciones, pilotajes, cimentaciones, muros, construcción de estructuras y obras exteriores que razonablemente puedan causar molestias por ruidos, vibraciones, polvo, etc.

Por otra parte, la ordenanza citada de 27 de enero de 2017, en su artículo 21 contempla exoneraciones para obras, edificaciones y trabajos en la vía pública, permitiendo a la persona titular del Ayuntamiento, respetando los principios de legalidad y proporcionalidad y afectando a los derechos individuales el mínimo posible, autorizar las actividades en las que no sea posible garantizar los niveles de ruido que se establecen en el capítulo III de la Ordenanza, por razones técnicas y acreditadas debidamente por las personas interesadas, en que tiene que constar expresamente la limitación del horario en que se puede llevar a

cabo las obras y trabajos de construcción. Seguidamente establece que, excepcionalmente, por razones acreditadas, se pueden autorizar trabajos en la vía pública y en edificios sin respetar el horario diurno. En cualquier caso, se adoptarán las medidas y precauciones necesarias para reducir al mínimo los niveles sonoros de perturbación de la tranquilidad ciudadana.

En suma, es el órgano de contratación quien es conocedor de las necesidades a satisfacer y de cómo se ha de ejecutar la obra (artículos 28 y 122 de la LCSP), por lo que entendemos que no se aprecia clara infracción de las normas de aplicación municipal, dada la flexibilidad de otras normas posteriores y la adecuación de las actividades en los meses estivales del plan de trabajos anexo a los pliegos.

Noveno. La alegación tercera del escrito de recurso alude al régimen de penalidades establecido en el pliego, que califica de arbitrario y no ajustado a derecho. En síntesis, el recurrente sostiene que se impone un nuevo régimen sancionador que nada tiene que ver con el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni con el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, ni con la demora en la ejecución.

Concreta su disconformidad con el apartado R.1, penalidades por incumplimientos en riesgos laborales y seguridad y salud y con el apartado R.12, por incumplimiento de la obligación de mantener la vigencia y justificar estar al corriente de pago, durante todo el período de ejecución del contrato, de las pólizas de seguros exigidas y con las coberturas previstas.

En materia condiciones especiales de ejecución la LCSP, en el art. 202, apartado segundo, permite introducir bajo esta tipología consideraciones de tipo social, siempre que encuentren vinculación con el objeto del contrato, con la finalidad de garantizar la seguridad y la salud en el lugar de trabajo o para prevenir la siniestralidad laboral. Tales medidas pueden respaldarse mediante la imposición de penalidades conforme a lo previsto en el artículo 192.1 LCSP, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales, a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 LCSP.

Las condiciones especiales de ejecución son obligaciones cuyo cumplimiento no se impone a todas las empresas licitadoras a modo de requisitos para participar en el procedimiento seguido para la adjudicación del contrato, sino sólo a la empresa que resulte adjudicataria para que las cumpla durante la ejecución de aquel.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se ha pronunciado sobre las mismas en su Informe 1/2020, señalando:

“Las condiciones especiales de ejecución del contrato son obligaciones incorporadas a los pliegos o al contrato que el órgano de contratación ha considerado, por su importancia, elementos esenciales de la fase de ejecución del contrato y cuyo incumplimiento merece consecuencias jurídicas más severas. Obviamente, no inciden en la evaluación de las proposiciones de los licitadores y despliegan su eficacia en la fase de ejecución del contrato”.

El mismo informe afirma que la vinculación al objeto del contrato, *“en el caso de las condiciones especiales de ejecución exige que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra”.*

Por ello, dado que se trata de obligaciones que se desenvuelven en una fase posterior a la adjudicación del contrato, su eventual incumplimiento habrá de verificarse en la fase de ejecución. Tal incumplimiento como se contempla en la LCSP, determinará la imposición de penalidades a la adjudicataria e incluso la resolución del contrato, además de poder considerarse infracciones a efectos de la declaración de la pertinente prohibición de contratar, pero para ello es requisito previo que consten claramente identificadas como condiciones especiales de ejecución y que sean redactadas con claridad en los pliegos, lo que no sucede en el caso que nos ocupa y de ahí la estimación de este motivo de recurso. Con ello queremos apuntar que las cláusulas dirigidas a minorar los riesgos laborales o de seguridad en las obras de construcción y al mantenimiento de las garantías exigidas, pueden configurarse como condiciones especiales de ejecución en los pliegos, siempre y cuando lo sean con los requisitos exigidos en el artículo 202 de la LCSP.

Así, de haberse establecido como condición especial de ejecución la relativa al cumplimiento de obligaciones legales y o contractuales en materia de prevención de riesgos laborales y de seguridad y salud en el trabajo en las obras de construcción, su incumplimiento podría dar lugar, de acuerdo con lo previsto en los pliegos, a la imposición de penalidades. No obstante, si atendemos al cuadro de características del PCAP, en su apartado M. no la encontramos en el listado de condiciones especiales de ejecución de carácter social por lo que, al no haberse configurado a priori de esta manera, su incumplimiento no puede dar lugar a la imposición de penalidad alguna, ex artículo 192.1 LCSP.

Asimismo, la definición del supuesto de hecho que permitiría imponer la penalidad resulta en este caso en exceso genérico e indeterminado, ya que no se identifican las concretas obligaciones cuya transgresión daría lugar a la penalidad ni se objetiva en qué grado su infracción merecería la imposición.

El motivo, por tanto, debe ser estimado y anular por las razones expuestas la cláusula R.1 del cuadro de características del PCAP.

En segundo lugar, la impugnación de la penalidad prevista en la cláusula R.12 del cuadro de características del pliego, por incumplimiento de la obligación de mantener la vigencia y justificar estar al corriente de pago, durante todo el período de ejecución del contrato, de las pólizas de seguros exigidas y con las coberturas previstas, ha de anularse porque, al igual que en el supuesto anterior, no se corresponde con ninguna de las condiciones especiales de ejecución expresamente contempladas en el apartado M del cuadro de características.

Por otra parte, el recurrente alude a una “doble sanción”, al configurarse este incumplimiento del contratista como obligación esencial y causa de resolución. Como dijimos en nuestra Resolución nº 1111/2022, de 27 de septiembre, propia LCSP admite la compatibilidad entre las penalidades impuestas por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, la prohibición de contratar, la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, rechazándose el motivo allí esgrimido *“relativo a la vulneración de los principios non bis in ídem y de proporcionalidad, por el hecho de que*

una misma circunstancia que se configura como condición especial de ejecución, conlleve en caso de incumplimiento la imposición de una penalidad, la configuración como causa potestativa de resolución contractual y la obligación de resarcir los daños causados”.

Finalmente, debe desestimarse la impugnación sobre el apartado R.4 pues mantiene la recurrente que se desconoce los supuestos en que se aplica, si será suficiente con la no adscripción de uno de los empleados o de los 4 empleados, o en caso de que alguno no tenga la experiencia o formación requeridas. Sin embargo, la cláusula en su desarrollo se refiere a la ausencia, sustitución sin autorización, incumplimiento de requisitos mínimos ofertados o dedicación mínima prevista de alguno de los técnicos o especialistas, así como a la experiencia y titulación exigidas, encontrándose suficientemente determinada.

Décimo. La alegación cuarta del recurso impugna el apartado B.1.1.2 Estudio del proyecto, del cuadro de criterios de adjudicación (hasta 3 puntos). El criterio prevé una memoria descriptiva que demuestre el estudio previo del proyecto de ejecución con indicación de: a) análisis interpretación del proyecto y comprobación de mediciones, geotecnia, servicios afectados por la obra, unidades o precios unitarios. Este estudio supone, según la redacción de la cláusula, que el contratista asume el riesgo de cualquier desviación de las mediciones finales, errores, deficiencia o condicionantes externos de la ejecución no detectados por él al analizar los documentos técnicos del contrato.

En conexión con este criterio, el apartado R.8 del cuadro de características del PCAP prevé una serie de penalidades por desviaciones, indicando que “ *en caso de que el presupuesto de ejecución material de la obra adjudicada se desviare por exceso más de un 20% del importe de adjudicación, motivada por errores u omisiones imputables al proyecto, que afecten a capítulos que hubieran sido analizados por el contratista en su oferta en virtud de los cuales hubiera obtenido alguna puntuación en el criterio de valoración*”. A continuación, la cláusula gradúa la responsabilidad en función del porcentaje de desvío por encima del 20% mínimo.

A juicio de la recurrente el estudio del proyecto tiene por objeto trasladar de forma improcedente al contratista que ejecuta la obra unos costes que no le corresponden, pues este en ningún caso debe responder por errores u omisiones imputables al proyecto, con



cita de un informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su expediente 49/21.

En primer lugar, el criterio no solamente tiene objeto que el contratista asuma el riesgo de cualquier desviación en las mediciones finales, sino que va dirigido también a que se expongan o describan detalladamente soluciones alternativas que el contratista ofrezca, incluidas en el precio de la oferta y que se llevarán a cabo solo si son aprobadas por la dirección facultativa. Desde la óptica de esta finalidad, el criterio se encuentra vinculado con el objeto del contrato, aportando en este caso la propuesta valor añadido en comparación con el resto.

El ofertar el criterio tiene una consecuencia añadida y es que el licitador asume voluntariamente tras un previo estudio del proyecto, aumentar su responsabilidad (apartado R.8) y con ello obtener una determinada puntuación. No se da una traslación automática de responsabilidad, sino que el contratista la asume, a diferencia del supuesto planteado en el expediente 49/21, mediando una actuación propia por él desarrollada, cual es el estudio cuantitativo y cualitativo del proyecto, efectuando las correspondientes comprobaciones, plasmadas la memoria descriptiva y únicamente en caso de no haber detectado los errores u omisiones del proyecto en los capítulos por él analizados. No obstante, se aprecia clara desproporcionalidad en el criterio por cuanto: 1) exige al contratista realizar un detallado estudio del proyecto en el plazo relativamente breve de presentación de la oferta en comparación con el riesgo asumido; 2) la puntuación a asignar (hasta 3 puntos) es ciertamente exigua asimismo en comparación con la responsabilidades contempladas en el punto R.8 del cuadro de características del PCAP, habida cuenta del elevado importe del contrato; 3) no puede desconocerse el margen de variación previsto en el artículo 242.4 i) LCSP para evitar recurrir a los modificados contractuales, frente a la expresión contenida en el criterio de la asunción del riesgo por cualquier desviación en las mediciones finales.

Se estima, por tanto, el motivo, debiendo anularse el criterio B. 1.1.2. Estudio del proyecto (hasta 3 puntos) del cuadro de criterios de adjudicación y el apartado R.8 del cuadro de características del PCAP.



Undécimo. Seguidamente la recurrente denuncia la cláusula S. Resolución del contrato, en sus apartados l), m) y n).

La cláusula es la siguiente:

“Además de las causas previstas para los contratos administrativos en los artículos 211, 245 y 313 LCSP, se considerarán las siguientes causas de resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales:

a) Incumplimiento de las obligaciones siguientes, que se califican como esenciales a efectos del artículo 211. 1 f), además de las señaladas en la letra M:

(..)

(l) Inclusión de unidades o partidas de obra en las certificaciones no realizadas o de acopios no efectuados.

m) Sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a la dirección facultativa, será causa de resolución la inclusión en las certificaciones a cuenta firmadas por el contratista y presentadas a la Administración, de unidades o partidas de obra no realizadas o de acopios no efectuados, cuando su importe sea igual o superior al 1% del presupuesto.

n) Se asimila al supuesto anterior la falta de compensación en la certificación inmediatamente siguiente de unidades o partidas de reiteradas o demolidas por circunstancia prevista en la cláusula 44 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales del Estado...”.

Entiende la recurrente que no cabe, por abusivo, imponer una resolución de un contrato por omisiones en las certificaciones, al no ser competente el contratista para su elaboración, sino al director de la obra; además señala que no es una causa de resolución del contrato establecida legalmente.

El Tribunal entiende que procede estimar los argumentos de la recurrente. La expedición de las certificaciones de obra que ha de abonar la administración es responsabilidad del director facultativo, quien, sobre la base de la relación valorada, expide la misma. Es al director de la obra a quien corresponde realizar mensualmente, de acuerdo con el régimen establecido en el RGLCAP, artículos 147 y siguientes, la medición de las unidades de obra ejecutadas y redactar la relación valorada al origen. En este proceso al contratista se le da audiencia (artículos 147.2 y 149 del citado texto), permitiendo incorporar ajustes en la próxima relación valorada, en la certificación final o en la liquidación del contrato. Sin embargo, esta participación no impide desconocer que la emisión de la certificación no es una obligación del contratista y que por tanto, no se puede elevar al nivel de obligación contractual esencial cuyo incumplimiento sea causa de resolución. A mayores pues implica tal y como están redactados los pliegos imponer a este una responsabilidad derivada del contenido de las certificaciones, sin que por otra parte medie o se defina ninguna actuación o incumplimiento de obligación esencial alguna imputable al mismo.

Duodécimo. Afirma el recurrente que los derechos y obligaciones de las partes deben constar tal y como dice la LCSP en el Pliego de Condiciones particulares y no en otros documentos. Y que, en este caso, se está utilizando un documento denominado “cuadro de características del contrato”, ajeno e independiente del Pliego, para la imposición de obligaciones, penalidades y condiciones de ejecución del contrato, con vulneración del artículo 122 LCSP y de los artículos 67 y 68 RGLCAP.

Como tal el cuadro de características del contrato no puede considerarse como un documento ajeno al PCAP, sino que concreta para el específico contrato de obras el condicionado general del pliego, formando parte de la documentación que rige la contratación, siendo aprobada por el órgano de contratación al aprobar el expediente y publicada en la PCSP. Así, los defectos formales invocados por la recurrente constituyen irregularidades formales no invalidantes, que no dan lugar a la nulidad de las cláusulas puesto que no han provocado indefensión alguna a los licitadores, desestimándose este motivo.

Décimo tercero. Entiende la recurrente que no es acorde a derecho, por conculcar los requisitos del artículo 145.5 y ser discriminatorio, el criterio de adjudicación contenido en el



apartado C.5 del cuadro de los criterios de adjudicación del contrato, que atribuye hasta 5 puntos por acreditar la existencia de un programa de cumplimiento normativo o “*compliance penal*”. Asimismo, también cuestiona el sistema elegido para acreditar que el licitador posee la certificación ISO 37301:2021 Sistemas de gestión de *compliance*, nada tiene que ver con la oferta ni influye en la ejecución del contrato, sino que lo único que persigue es la discriminación entre empresas, particularmente a las PYMES.

Recoge la memoria justificativa del contrato que *“En el caso del compliance penal se entiende que incide en el cumplimiento de la normativa europea, y más en concreto coadyuva en los objetivos señalados en los contratos financiados con cargo a los fondos Next Generation”*. Sin embargo, tal y como se ha conformado el criterio, este atiende a una característica de la empresa, sin vinculación concreta con el objeto de la prestación que pueda redundar en una mejor ejecución de las prestaciones por parte de quien disponga del mismo, pues se valorarán los programas que incluyan como mínimo, entre otros, un mapa de riesgos penales en el que se identifiquen los riesgos penales que puedan tener mayor incidencia en el licitador, incluyendo los riesgos penales “propios de su modelo de negocio” y los comunes a cualquier clase de empresa.

Como hemos señalado en reiteradas resoluciones, la vinculación del criterio al objeto del contrato, exigida en los artículos 145.5 y 146 LCSP, *“exige que el criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades de la prestación que se licita, así como evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato”* (Resolución nº 783/2024, de 20 de junio). Se define este criterio en términos excesivamente amplios como para evidenciar una mayor cualificación de la oferta en términos que coadyuven a los objetivos señalados en los contratos financiados con cargo a los fondos Next Generation, más allá de los beneficios que pueda suponer para la empresa en el ámbito penal (artículo 31 bis.2 del Código Penal). Se estima este motivo, declarando la nulidad de esta cláusula.

Décimo cuarto. Muestra la recurrente su parecer contrario al establecimiento de las denominadas mejoras en las instalaciones, apartado C.2 del cuadro de criterios de adjudicación, hasta 15 puntos, subdivididas en mejoras en la maquinaria escénica (2.1), iluminación profesional, 2.2 y sistemas audiovisuales (2.3). Estos subcriterios consideran mejora la ejecución de la maquinaria escénica, la iluminación profesional y la ejecución de



los sistemas audiovisuales, con todas las características señaladas en el ANEXO 16, proyecto equipamiento escénico, en el que constan desglosadas todas las partidas y su valoración económica. Defiende la actora que las mejoras del equipamiento escénico son ajenas al contrato administrativo de obra y deben ser objeto del correspondiente contrato de suministro, independiente del contrato de obra. No nos encontraríamos con prestaciones accesorias, sino con prestaciones principales, ni tampoco con un criterio de adjudicación del contrato que se pueda calificar de residual, ya que se otorgan hasta 15 puntos sobre 100. Se pretende a juicio de la recurrente la ejecución a coste 0 para la administración de los proyectos de equipamiento escénico, de modo que de no ofertar la mejora, el proyecto constructivo y la obra en sí considerada no tendrá la funcionalidad requerida. El coste del equipamiento a precios de 2022 tendría un coste de 2.606.105, 16€ a precios de 2022, totalmente desproporcionado y más teniendo en cuenta que la ponderación de las mejoras no puede superar el 2,5%.

El órgano de contratación sostiene que la mejora que se pretende con el equipamiento escénico *“es un servicio que perfectamente puede ser contratado con posterioridad a la finalización del edificio”*, sin que impida que quede el mismo sin terminar. Se trata de una mejora que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido en las prescripciones que definen el objeto de este, se encuentra vinculada al objeto de la prestación y consta la justificación de que se mejora, por qué se mejora y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias.

Examinada la ponderación de los criterios sujetos a juicio de valor, esta no supera el 40%, por lo que no interviene comité de expertos ni resulta aplicable la limitación en la valoración citada por la recurrente del 2,5% y contemplada en el artículo 145.7 LCSP. No obstante, debe acogerse esta impugnación, pues aunque no sea aplicable esta limitación, no por ello las mejoras pierden su carácter accesorio respecto de la prestación principal ni que deban guardar la debida proporcionalidad en su formulación, por exigirlo el artículo 145.5 en relación con el apartado séptimo del mismo.

El órgano de contratación argumenta en su informe al recurso que se trata de una mejora que perfecciona la prestación del contrato, sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto de este; añade que puede ser perfectamente



contratado con posterioridad a la finalización del edificio, sin que impida en ningún momento que quede el mismo sin terminar.

A la vista de la ponderación de esta mejora contenida en los pliegos, se le otorga una puntuación desproporcionada en relación con la atribuida a la oferta económica referida y al resto de los criterios relativos a la prestación principal que se licita. La oferta económica tiene una ponderación del 20% frente a estas mejoras, que la tienen en conjunto del 15%, siendo la ponderación del resto de criterios automáticos del 10% (ampliación del período de garantía), 5% ampliación de las prestaciones de la garantía, 5% compromiso de contratar una tarifa de energía verde y 5% programa de cumplimiento normativo. Luego, en este su peso relativo en la adjudicación es desproporcionado, teniendo en cuenta que el importe presupuestado de la obra es de 27.921.563,53 € IVA excluido y el de las mejoras del proyecto de equipamiento escénico de 2.153.805,92€. Supone así un 25% del peso relativo en el conjunto de los criterios automáticos y del 15% en el total del contrato. Entiende el Tribunal que la proporcionalidad opera como límite a la discrecionalidad del órgano en la definición de los criterios de adjudicación, pudiendo este haber optado por licitar esta prestación en contrato aparte o integrarlo entre las prestaciones del propio contrato, como contrato mixto, o bien, por último, en caso de establecerlo como mejora, haber limitado la ponderación atribuida. Merece por tanto estimarse el motivo, declarando la nulidad de esta cláusula.

Décimo quinto. Por último, se denuncia la condición especial de ejecución del contrato de carácter social prevista en el apartado M.1 a) del Cuadro de características anejo al PCAP, argumentando que no guarda relación con el objeto del contrato y que procede declarar su nulidad. Adicionalmente denuncia falta de claridad y precisión en su redacción, señalando que la cláusula no precisa quien va a determinar si es posible o no la contratación de mujeres, de que manera se va a acreditar la imposibilidad o no de su contratación o cuales son las circunstancias que no desarrolla.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

“1. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social:

a) Igualdad de hombres y mujeres

En la ejecución del contrato, la empresa contratista o subcontratista garantizará la igualdad entre mujeres y hombres en el trato, en el acceso al empleo, clasificación profesional, promoción, permanencia, formación, extinción, retribuciones, calidad y estabilidad laboral, duración y ordenación de la jornada laboral.

En el caso de que para la ejecución del contrato sea necesaria una contratación nueva de personal y la empresa contratista o subcontratista cuente con una representación desequilibrada de mujeres en plantilla, y siempre que sea posible por las circunstancias del objeto del contrato público deberá para la ejecución del contrato y durante el pazo de ejecución, dar preferencia a la contratación de mujeres. Se entenderá por plantilla desequilibrada aquella que cuente con una representación o presencia de mujeres inferior al 50% del total de la misma”.

Esta condición especial de ejecución tendría amparo en el artículo 202 de la LCSP anteriormente citado, relativo a las “*Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden*”.

Como hemos indicado, es exigible que la condición se efectúe o realice durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra. Sin embargo, el apartado segundo de la condición asume como punto de partida una premisa que no se refiere al contrato en ejecución sino a las características de la empresa: el que la empresa contratista o subcontratista cuente con una representación desequilibrada de mujeres en plantilla, desvinculada de la concreta representación en la plantilla que va a ejecutar el contrato, dando preferencia a la contratación de mujeres en otro plano, el del contrato ejecutado.

Ha de ser acogido igualmente un segundo argumento en contra de la admisión de la cláusula y es su falta de precisión. La condición será operativa “*siempre que sea posible por circunstancias del contrato público*”, por lo que se introduce un elemento de ambigüedad que pone en cuestión la obligatoriedad de la cláusula y esta debe ser inequívoca para que los licitadores puedan prestar su consentimiento, dado que, como



hemos indicado anteriormente, las condiciones especiales de ejecución no son otra cosa que obligaciones consideradas esenciales de cara a la ejecución del contrato.

En vista de lo anterior, el motivo debe ser estimado, declarando nula la cláusula impugnada.

En conclusión, analizados los apartados impugnados del cuadro de criterios de adjudicación y de características del pliego, se estima parcialmente el recurso y se declara la nulidad de las cláusulas C.3.2.1, C.3.2.2, C.3.2.3; R.10; las cláusulas R.1 y R.12; la cláusula S, apartados l), m), n); el criterio B. 1.1.2. y el apartado R.8; la cláusula C.5; cláusulas c.2 y M.1 a), de acuerdo con lo declarado en los fundamentos de derecho séptimo, noveno, undécimo, decimotercero, decimocuarto y decimoquinto, ordenando la retroacción de actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. M. S. L., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (en adelante, CNC) contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación del contrato de obras para la *“ejecución de la fase II del Palacio de Congresos de Ibiza”*, con expediente referencia EXP2024/001140, convocado por el Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu (Ibiza-Islas Baleares), , en los términos indicados en el fundamento de derecho décimo quinto.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad por lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los



artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES