Recurso nº 848/2022
Resolución nº 1288/2022
Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 20 de octubre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.S.L., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC) contra los pliegos del procedimiento "*51-PO-0204; 30.406/22-2 Servicios de conservación y explotación de las carreteras, sus elementos funcionales y otros servicios públicos y de obras menores relacionadas con esos servicios del sector: PO-02*", con expediente 230223602040, convocado por la Dirección General de Carreteras, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 12 de junio de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio por el que se convoca licitación para adjudicar el contrato de "*51-PO-0204; 30.406/22-2 Servicios de conservación y explotación de las carreteras, sus elementos funcionales y otros servicios públicos y de obras menores relacionadas con esos servicios del sector: PO-02*", con expediente 230223602040, convocado por la Dirección General de Carreteras. El contrato se callifica como contrato de servicios, con un valor estimado del contrato de 15.475.448,32 euros.

El procedimiento de contratación es un procedimiento abierto de tramitación ordinaria.

Segundo. De acuerdo con el apartado 23 del Cuadro de Características

«*23. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN*

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

Se aplicará lo siguiente respecto de las condiciones especiales de ejecución:

…

23.2 Otras condiciones especiales de ejecución

…

3. De carácter ético [artículo 202 LCSP]: obligación durante la ejecución del contrato y hasta su liquidación de mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar»

Por su parte, de acuerdo a la cláusula 42.2 del PCAP

«*Cláusula 42. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN*

Todas las condiciones especiales de ejecución exigidas en apartado 23 del cuadro de características tendrán, además, la calificación de obligaciones esenciales, por lo que el incumplimiento será causa de potestativa de resolución del contrato [artículo 211 LCSP]

Se aplicará lo siguiente respecto de las condiciones especiales de ejecución:

…

2. Otras condiciones especiales de ejecución

…

c) De carácter ético

El contratista adjudicatario estará obligado tras la formalización del contrato, durante su ejecución y hasta su liquidación a mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar».

Tercero. En fecha 30 de junio de 2022 la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), interpone recurso en materia de contratación contra los pliegos del procedimiento "*51-PO-0204; 30.406/22-2 Servicios de conservación y explotación de*

las carreteras, sus elementos funcionales y otros servicios públicos y de obras menores relacionadas con esos servicios del sector: PO-02", con expediente 230223602040, convocado por la Dirección General de Carreteras.

Cuarto. En fecha 8 de julio de 2022 la CNC presenta escrito ampliando los motivos del recurso especial interpuesto contra los pliegos.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP), se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

No se han solicitado y, en consecuencia, no se han adoptado medidas cautelares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 LCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017 (LCSP).

Tercero. El recurso se ha interpuesto frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme resulta del art. 44 de la LCSP.

Así, conforme al art. 44 de la LCSP

«*1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

…

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación».

Cuarto. El recurso se presenta por asociación legitimada para ello, de conformidad con el art. 48 LCSP, que prevé:

«*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

De acuerdo con los Estatutos de la CNC «*El ámbito de la CONFEDERACIÓN se extenderá a todas las actividades profesionales relacionadas con el sector de la construcción»*, por lo que debe considerarse legitimada como organización empresarial sectorial de ámbito estatal representativa de los intereses de las actividades profesionales relacionadas con el sector de la construcción, tal cual hemos reconocido en numerosas ocasiones, como en nuestras Resoluciones nº 934/2018, de 11 de octubre de 2018, nº 456/2019, de 30 de abril de 2019, nº 1270/2021, de 29 de septiembre de 2021, nº 657/2022, de 2 de junio de 2022 o nº 778/2022, de 23 de junio de 2022.

Quinto. El recurso se estructura originalmente en seis motivos.

1. Así, en primer lugar, Entiende la CNC que la condición especial de ejecución del contrato, que se eleva a la categoría de "*obligación esencial*", de mantenerse "*no incurso en prohibición de contratar*" durante el periodo de ejecución del contrato y hasta su liquidación, adolece de falta de concreción y, por ende, de seguridad jurídica, máxime tratándose de derecho administrativo sancionador o, cuanto menos, regulador de penalidades. La referida condición de mantenerse "*en situación de no incurso en prohibición de contratar*" no es compatible con la regulación que hace la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) de las prohibiciones de contratar, que en tanto no estén declaradas y publicadas, con indicación de su duración, carecen de virtualidad para los contratos en vigor.

La CNC no advierte el sentido de la frase "*en situación de no incurso en prohibición de contratar*", ya que es necesario una resolución administrativa o sentencia que establezca su alcance y duración, como previene el artículo 72.2 de la LCSP.

Tras citar los artículos 71 y siguientes de la LCSP, concluye la CNC que la mera situación de "*no incurso en prohibición de contratar*" no se entiende sin que se hayan cumplido los siguientes requisitos; 1) instrucción del expediente sancionador, 2) firmeza de la resolución, y 3) inscripción en el correspondiente registro. Y entiende que todas estas fases se están obviando, en perjuicio del contratista, en la condición especial de ejecución recogida en el PCAP impugnado.

Añade la recurrente que la mayoría de las prohibiciones de contratar declaradas se han de comunicar para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE) o al registro equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, y que los efectos de estas prohibiciones de contratar se producen desde la fecha de la inscripción.

2. En segundo lugar, la entidad recurrente considera que a la situación de que la empresa adjudicataria se encuentre "*en situación de no incurso en prohibición de contratar*" se le

aplican una serie de consecuencias jurídicas y penalizaciones, más allá de lo establecido en la Ley y totalmente desproporcionadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 132 de la LCSP, relativo a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia y, en cuya virtud, los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

En concreto, conforme resulta de las cláusulas 44 y 58 del PCAP si la condición especial de ejecución del contrato de encontrarse "*en situación de no incurso en prohibición de contratar*" se incumple, tiene, conforme al PCAP, unas desproporcionadas consecuencias jurídicas:

- Multa de hasta el 10 % del importe del contrato, conforme a la cláusula 44.1 del PCAP, que prevé que, como regla general, su cuantía será un 1% del precio del contrato, salvo que, motivadamente, el órgano de contratación estime que el incumplimiento es grave o muy grave, en cuyo caso podrán alcanzar hasta un 5% o hasta el máximo legal del 10%, respectivamente, sin que el importe total de las penalidades pueda superar el 50% del precio del contrato.

- Resolución del contrato, conforme a la cláusula 58 del PCAP, que permite a la Administración imponer, además de las penalidades, la resolución del contrato si el adjudicatario, tras la formalización del contrato, durante su ejecución y hasta su liquidación, no se mantiene en situación de no incurso en prohibición de contratar, facultándose al órgano de contratación a comprobar esta circunstancia en cualquier momento durante la ejecución del contrato y debiendo hacerlo al tiempo de la recepción de los trabajos realizados (art. 44.1 PCAP).

- Prohibición de contratar. Se introduce la cláusula 42.2.c) y el punto 23.2 del Cuadro de Características como condición especial de ejecución un hecho futuro ("*mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar*") que, además, no es preciso que se declare en un acto administrativo definitivo y firme.

- Obligación de resarcir daños y perjuicios.

Considera la recurrente que la resolución del contrato por el incumplimiento de la condición esencial de "*mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar*" se ha introducido como causa de resolución del contrato de forma subrepticia y en fraude de ley, pues entre las causas de resolución de los contratos del artículo 211 de la LCSP no se incluye el hecho de estar incurso en prohibición de contratar.

Concluye la CNC que este efecto de imponer sanciones y de resolver el contrato es nulo de pleno derecho (art. 47.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y art. 39.1 de la LCSP), no sólo porque retrotrae la aplicación de una disposición sancionadora no favorable, sino porque retrotrae la aplicación de una disposición restrictiva de derechos individuales, al hacer depender la aplicación de la misma y de sus efectos punitivos (penalidades y resolución) a un hecho incierto, probable o no y desconocido en el momento de la formalización del contrato.

Reitera que las prohibiciones de contratar afectan a la aptitud del contratista para contratar a partir del momento de su inscripción en el correspondiente Registro de licitadores o a partir de la sentencia firme o resolución administrativa firme, por las conductas tipificadas en el art. 71 al 73 LCSP, y si hubiesen fijado la duración y alcance de la prohibición. Antes de ese momento no tienen efectos retroactivos, procediendo, por todo lo expuesto, la declaración de nulidad de esta condición especial de ejecución.

3. En tercer lugar, la CNC indica en su recurso que el art. 202. 1 de la LCSP permite a los órganos de contratación incluir condiciones especiales de ejecución en los pliegos, pero siempre que estén vinculadas al objeto del contrato en el sentido del artículo 145, que no incluiría esta condición, porque si bien en su apartado 2. 1º, párrafo 3º, incluye la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual, esto no puede interpretarse como cualquier conducta de la empresa que, en el ámbito general de su actividad, haya dado lugar a una prohibición de contratar, sino que debería haberse articulado de forma que la conducta que da lugar a la prohibición de contratar esté directamente ligada a la ejecución del contrato y con motivo de dicha ejecución.

Y, a juicio de la CNC, la condición especial de ejecución que se considera en nada está vinculada a la ejecución del contrato, por lo que procede su declaración de nulidad.

4. En cuarto lugar, considera la CNC que las cláusulas impugnadas vulneran el principio de seguridad jurídica (Art. 9.3 CE y del Art. 39.2 Ley 39/2015 y 140 L.C.S.P) pues las relaciones y obligaciones esenciales que nacen de un contrato de servicios quedan supeditadas en el presente PCAP, al formalizar el contrato, a la circunstancia de que el contratista –que en el momento de la formalización de contratar no se encontraba incurso en prohibición de contratar–, en un momento futuro, y en un contrato con un plazo de ejecución de 3 años, pueda considerar el órgano de contratación que está incurso en algún incumplimiento administrativo que diera lugar a una prohibición de contratar, tras una de las comprobaciones a las que le faculta el PCAP. Es decir, de una circunstancia inexistente al tiempo de la formalización del contrato puede derivar la resolución del mismo y la imposición de penalidades.

5. En quinto lugar, considera la CNC que se ha incumplido el artículo 211 de la LCSP en cuanto a la configuración de una condición especial de ejecución del contrato.

Considera la CNC que el pliego es un contrato de adhesión y que la jurisprudencia tiene muy matizado el principio de libertad de pactos en el ámbito del derecho administrativo. Y que el mayor incumplimiento radica en el hecho de que la obligación declarada esencial (la "*obligación durante la ejecución del contrato y hasta su liquidación de mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar*"), ni es clara, ni es precisa, ni es inequívoca, por lo que procede su declaración de nulidad.

Cita, además, el informe del Consejo Consultivo de Andalucía nº 639/2019, que declara que, desde la entrada en vigor de la LCSP, el contrato no puede establecer causas de resolución distintas de las contempladas legalmente, al haberse eliminado en la LCSP como causas de resolución "*las establecidas expresamente en el contrato*".

6. Por último, añade la CNC que las cláusulas impugnadas vulneran el principio de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y de los actos que no producen efectos favorables a los interesados (Art. 9.3 CE, Art. 39.3 Ley 39/2015, Art. 26 Ley 40/2015 y Arts. 72 y 73 LCSP), tal cual resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2021 y del informe 45/13, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante JCCPE), que

declaró que la incursión sobrevenida en prohibición de contratar por el contratista surte efectos exclusivamente "h*acia adelante*", por lo que carece de efecto alguno para los contratos en vigor. Los efectos de la prohibición de contratar se producen desde la fecha en que se inscribe en el ROLECE, sin que llegue a producir eficacia retroactiva respecto de los contratos que están en vigor en el momento en que se acuerde aquélla. La prohibición de contratar implicará que el empresario no puede resultar adjudicatario de nuevos contratos posteriores a la misma, al carecer de aptitud para contratar (artículo 54 del TRLCSP).

Sexto. El órgano de contratación, por un lado, contesta a las alegaciones de la CNC del siguiente modo:

1) Alegaciones relativas al supuesto carácter sancionador, principio non bis in idem y falta de concreción y de seguridad jurídica o de proporcionalidad:

- Las penalidades no son sanciones, sino «*estipulaciones de carácter accesorio, debidamente plasmadas en el contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación [...] no son sanciones en sentido estricto, sino que constituyen un medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación»* (STS de 18 de mayo de 2005, entre otras). En consecuencia, considera el órgano de contratación que carecen de fundamento jurídico las referencias al «*derecho administrativo sancionador»* o a la aplicación del principio "*non bis in idem*".

- Considera que carecen de sustento jurídico las alegaciones del recurrente sobre la supuesta dificultad para comprender "*el sentido de la frase*" empleada en la cláusula impugnada: un contratista incumple esta condición especial de ejecución cuando, conforme a la ley, queda "*incurso en prohibición de contratar*". Si, conforme a la ley, no se encuentra en esa situación, tampoco habrá incumplido dicha condición. Dicho de otro modo, el contratista incumple esta condición especial de ejecución en el mismo momento en que, conforme a la ley, tampoco podría ya licitar a un contrato distinto, al encontrarse incurso en prohibición de contratar.

- Tampoco tiene fundamento, a juicio del órgano de contratación, la alegación de que el incumplimiento de esta condición especial de ejecución tiene «*unas desproporcionadas*

consecuencias jurídicas». La penalidad que se prevé en la cláusula 44 del PCAP para el incumplimiento de una condición especial de ejecución es, como regla general, del 1% del precio del contrato, salvo que, motivadamente, el órgano de contratación estime que el incumplimiento es grave o muy grave, en cuyo caso podrán alcanzar hasta un 5% o hasta el máximo 10%, respectivamente.

- La alegación relativa a que la condición especial de ejecución se emplea indebidamente como causa de resolución (que el contratista liga al principio "*non bis in idem*"), queda desvirtuada por el propio artículo 202.3 de la LCSP, que permite que los pliegos atribuyan a las condiciones especiales de ejecución «*el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211»*; como efectivamente hace este pliego (cláusula 58). El PCAP se limita a recoger una posibilidad reconocida por la LCSP.

2) Alegación relativa al supuesto incumplimiento del informe 45/13 de la Junta Consultiva, en lo relativo a que prohibición de contratar «*surte efectos exclusivamente hacia adelante»*. Señala el órgano de contratación que el informe citado en absoluto dice lo que pretende el recurrente; sino que se limita a reconocer que entre las causas de resolución de los contratos reguladas en la ley no está «*la prohibición de contratar en la que incurra el adjudicatario*». Ahora bien, aunque la ley no regule la prohibición de contratar sobrevenida como causa de resolución, entiende que la doctrina es unánime en cuanto a la posibilidad de que el pliego prevea esa causa de resolución del contrato. Cita al efecto:

- El informe 22/16 de la Junta Consultiva, que declara que «*la prohibición de contratar sobrevenida solo puede ser causa de resolución del contrato en el caso de que se establezca expresamente en los documentos contractuales*».

- El dictamen nº 901/2001 del Consejo de Estado, que declara que «*las prohibiciones de contratar, caso de sobrevenir después de celebrado el negocio jurídico, no determinan su extinción salvo que expresamente se haya convenido así*».

- El informe (AEH-Subsecretaría) 1/1995 de la Abogacía General del Estado, que declaraba que «*en el supuesto de que se haya previsto, como causa de resolución del contrato, la*

circunstancia de que el contratista incurra en prohibición de contratar (...) la atribución de eficacia resolutoria del contrato a la prohibición de contratar debe reputarse (...) legítima».

- El propio Tribunal Supremo ha admitido que la prohibición de contratar sobrevenida, si bien no es causa de nulidad del contrato ya perfeccionado, sí puede ser «*hecha valer como causa de resolución o rescisión del mismo»* (STS de 6 de julio de 1990 -RJ 1990\5840- y STS de 4 de octubre de 2005 -RJ 2005\8752-).

3) Alegación relativa a que la condición de ejecución no estaría "*vinculada al objeto del contrato*". Se rechaza por el órgano de contratación, que considera que esta condición especial de ejecución:

- Contribuye, durante la ejecución del contrato, a hacer efectivo el principio de "*integridad*" (artículo 1 de la LCSP). El artículo 202 de la LCSP permite establecer condiciones especiales de ejecución de "*carácter ético*", siendo las prohibiciones de contratar una de las concreciones del principio de integridad. Cuando concurren, la Ley establece una presunción "*iuris et de iure*" de que la empresa no estará en condiciones de cumplir debidamente las obligaciones derivadas del contrato y, por tanto, le impide licitar. Aunque la LCSP sólo obliga a aplicar las prohibiciones de contratar en la fase de preparación del contrato, eso no es obstáculo para que, al amparo del principio de libertad de pactos, el respeto a las prohibiciones de contratar se exija durante la fase de ejecución, no sólo como causa de resolución (según lo ya indicado) sino como condición especial de ejecución del contrato (artículo 202 de la LCSP). Sostiene el órgano de contratación que los sujetos del sector público no están legalmente obligados a permanecer indiferentes ante el hecho de que su contratista incurra en una prohibición de contratar, pues el principio de integridad debe procurarse en todas las fases del contrato.

- Contribuye a la debida ejecución del contrato, dada las repercusiones que, sobre el cumplimiento del contrato, tiene el hecho de que el contratista quede incurso en prohibición de contratar.

Las prohibiciones de contratar están establecidas en la LCSP no sólo por razones exclusivamente éticas, sino por su vinculación con la debida ejecución del contrato. Pero esa "*peligrosidad*" que entrañan para la "*realización*" del objeto del contrato no es

meramente retórica, sino que tiene una explicación práctica para cada una de las prohibiciones de contratar reguladas en la ley. Y aporta los siguientes ejemplos:

* Si el contratista es una de las "*personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables*" de los delitos enumerados en el artículo 70.1.a) de la LCSP y la prohibición se extiende a sus "*administradores o representantes*", es casi seguro que los efectos de esa sanción penal sobre la empresa y sus órganos de gestión acabarán repercutiendo negativamente en el contrato que ejecuta.

* Si el contratista ha solicitado la declaración de concurso, ha sido ya declarado en tal situación o ha sido declarado insolvente, entiende que es más que probable que los efectos que esa situación produce sobre los proveedores y los empleados del contratista repercuta directamente en una deficiente ejecución del contrato (artículo 70.1.c) de la LCSP).

* Si el contratista no está al corriente en sus obligaciones tributarias o de Seguridad Social, pueden acabar embargados los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato (artículo 198.5 de la LCSP), lo que sin duda perjudicará la ejecución del contrato, pues mal podrá continuarla el contratista que deja de percibir el importe de las certificaciones (artículo 70.1.d) de la LCSP).

La Dirección General de Carreteras considera que no se cumpliría debidamente el objeto del presente concreto si el adjudicatario incurriere en dichas situaciones, que perturbarían su ejecución (con retrasos, deficiencias en la conservación, etc.), máxime cuando la cláusula 8.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) obliga al contratista a procurarse los materiales, maquinaria y medios necesarios para conservar la carretera.

- Cuando, como es el caso, el pliego establece que la prohibición de contratar sobrevenida es causa de resolución, esta condición especial de ejecución refuerza el compromiso del contratista de ejecutar el contrato y de no incurrir en esa esa causa de resolución, en garantía del principio de conservación del contrato.

Admitido, añade el órgano de contratación, que la prohibición de contratar sobrevenida pueda configurarse como causa de resolución, la condición especial de ejecución referida a no estar incurso en prohibición de contratar sirve para reforzar el compromiso del

contratista de ejecutar en el contrato en los términos pactados y evitar que el contrato llegue a estar afectado por esa causa de resolución. Además, esta condición especial de ejecución ofrecería una alternativa a la resolución de contrato que favorece continuidad de este: la penalización ligada al incumplimiento de la condición especial de ejecución supone un incentivo para que el contratista corrija la situación que haya dado lugar a la prohibición de contratar sobrevenida (por ejemplo, se ponga al corriente de sus obligaciones tributarias), sin necesidad de que el contrato termine anticipadamente por resolución.

Séptimo. Las cuestiones suscitadas en este recurso, han sido ya resueltas y recientemente por este Tribunal en el recurso contra Pliegos nº 842/2022, siendo partes en el mismo, quienes nuevamente lo son en este.

Atendido lo anterior, debemos reiterar y recordar lo que decíamos en nuestra Resolución nº 1111/2022:

«Séptimo. Los distintos motivos de recurso alegados por la CNC giran en torno a una misma premisa básica: la imposibilidad de configurar como condición especial de ejecución (y, a partir de ella, como causa potestativa de resolución contractual) la exigencia de que el adjudicatario no incurra en prohibición para contratar, durante toda la fase de ejecución del contrato y hasta su liquidación.

Por lo tanto, habremos de comenzar analizando si la cláusula 42 del PCAP y el punto 23.2.3 del Cuadro de Características Técnicas (en adelante CCT), al configurar como condición especial de ejecución, no incurrir en prohibición para contratar, reúne los requisitos legalmente exigidos para poder ser configurada como tal.

(…)

Para resolver la cuestión controvertida, debemos comenzar examinando si dichas cláusulas cumplen las exigencias legales del artículo 202.1 de la LCSP, a cuyo tenor:

"1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido

del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos".

Dada la redacción del precepto y los motivos del recurso, hemos de empezar analizando el requisito relativo a la vinculación de la condición especial de ejecución con el objeto del contrato.

La rúbrica del artículo 202 de la LCSP alude a "condiciones especiales de ejecución de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden". Ahora bien, como condición común a todas ellas, exige el apartado 1 del citado precepto su vinculación con el objeto del contrato, en el sentido del artículo 145. Dicho de otro modo, no cualquier condición especial de ejecución de carácter ético resulta, per se, admisible, siendo imprescindible que esté vinculada al objeto del contrato en el sentido expresado en el artículo 145 de la LCSP, cuyo apartado 6 establece, en consonancia con el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, lo siguiente:

"6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material".

El propio artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE así lo exige también cuando señala que:

"Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o

relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.".

Por su parte, en su informe 1/2020, la JCCPE indicó lo siguiente:

"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".

Y añade la JCCPE 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".

Dicho criterio se aplica por la JCCPE en su dictamen 12/2021, en el que concluye también que el requisito de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (cuyo incumplimiento constituye causa de prohibición de contratar del artículo 71.1.d) de la LCSP) es un requisito de aptitud que se ha de acreditar durante la fase de selección del contratista y cuya omisión es un impedimento para contratar en lo sucesivo, siendo así que, aunque el órgano de contratación disponga de libertad para establecer condiciones de ejecución esenciales, el incumplimiento de una prohibición de contratar como es estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social "no es una obligación que derive del contrato mismo (…), de modo que no guarda una relación directa con la ejecución del contrato en cuestión, resultando su origen plenamente extracontractual".

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 19 de septiembre de 2013, Comisión contra España (T-402/06), declaró lo siguiente, al abordar el requisito de la vinculación al objeto del contrato de los criterios de adjudicación (artículo 145.6, al que remite el 202.1 de la LCSP):

"102. Ahora bien, aunque es cierto que, en el caso de optar por la oferta más ventajosa económicamente, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo ni en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios, ni en el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras, y que, por tanto, estas disposiciones dejan a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente. Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión (véase la sentencia Lianakis y otros, citada en el apartado 65 supra, apartados 29 y 30, y la jurisprudencia allí citada).

(…)

107. Por otra parte, en su sentencia Concordia Bus Finland, citada en el apartado 76 supra (apartado 59), el Tribunal de Justicia precisó que, en la medida en que una oferta se refería necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que podían aplicarse debían estar también relacionados con el objeto del contrato. De ello se desprende que los criterios de adjudicación utilizados por las entidades adjudicadoras deber ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un producto o de un servicio, y no con la capacidad de los licitadores".

En dicho contexto, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el requisito de vinculación de la condición especial de ejecución al objeto del contrato. Así, por todas, en la Resolución 489/2019, de 9 de mayo, indicamos lo siguiente:

"Pero en el caso de las condiciones especiales de ejecución la vinculación al objeto del contrato se cumple por el hecho de que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra. En este sentido se pronuncia la Directiva 2014/24 en sus Considerandos y la "Guía para considerar los aspectos sociales en las contrataciones Públicas" elaborada la Comisión Europea en 2010. En ella se

especifica que el requisito de la vinculación al objeto del contrato se cumple en las condiciones especiales de ejecución cuando éstas se efectúan o realizan en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato, no en otra."

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en nuestras resoluciones 789/2019, 456/2019 y 368/2020.

Atendido lo anterior, resulta claro a juicio de este Tribunal que las cláusulas en cuestión, 42 del PCAP y 23.2.3 del CCT, no reúnen los requisitos para ser consideradas condiciones especiales de ejecución de carácter ético conforme exige el artículo 202 de la LCSP, al no apreciarse la exigible vinculación con el objeto del contrato, en el sentido del artículo 145.6 de la LCSP, tal y como inexcusablemente exige el artículo 202.1 de dicha Ley.

En efecto, las cláusulas no tienen en cuenta ni se refieren al objeto ni a la ejecución del contrato en cuestión, pues tal y como se encuentran redactadas, su aplicación puede ser consecuencia de una resolución sancionadora o sentencia que aprecie los incumplimientos o los ilícitos, penales o administrativos, en los que la contratista hubiera incurrido en ejecución de otros contratos y no en el que nos ocupa. Ítem más, pudieran tener que aplicarse como consecuencia de actuaciones que no tuvieran relación alguna con la ejecución de un contrato, como sucedería en caso de delito de terrorismo (artículo 71.1 a) de la LCSP).

Esa potencial ausencia de vinculación con el objeto y la ejecución del contrato es la que determina su imposible configuración como condición de especial ejecución y, en consecuencia, su nulidad por vulnerar lo establecido en los artículos 202 y 145 de la LCSP.

A mayor abundamiento, procede anular la cláusula 42 del PCAP y del punto 23.2.3 del CCT, dada su redacción imprecisa y falta de concreción.

En efecto, tal y como señalábamos en nuestra Resolución nº 1071/2018, de 23 de noviembre, la redacción de las condiciones especiales de ejecución ha de ser clara, precisa y unívoca:

"En el caso concreto que nos atañe hemos de declarar que las condiciones especiales de ejecución a las que aludimos no son ajustadas a Derecho, por lo ya indicado y, en particular, porque su redacción es demasiado amplia y genérica, careciendo del grado de concreción exigible, es decir, en realidad el PCAP no establece condición especial de ejecución alguna, ya que de su texto no resulta su establecimiento por la mera remisión genérica a obligaciones legales o convencionales exigibles. El Pliego debe incluir los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes (cfr.: artículos 122.2 LCSP y 67.2.n) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), y lo debe hacer con precisión, en aras a salvaguardar el principio de transparencia (cfr.: artículos 1.1 y 132.1 LCSP y 23.1 LCSPDS), el cual, como corolario del principio de igualdad de trato, "tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicataria" (cfr.: Sentencia TJCE, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004 –asunto C-496/99-, apartado 111), implicando "que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma" (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Primera, de 7 de abril de 2016, asunto C-324/14, apartado 61)."

En el caso que nos ocupa, la redacción de la condición de especial ejecución se contrae a señalar: no encontrarse incurso en prohibición para contratar. Ahora bien, dicha cláusula no precisa ni directa ni indirectamente (por ejemplo por remisión al artículo 73.3 de la LCSP) qué debe entenderse por "encontrarse incurso" a los efectos de dicha condición especial de ejecución.

Atendido lo anterior, la condición de especial ejecución incurre en vicios formales, que se añaden a los materiales anteriormente señalados, lo que conduce a que declaremos su anulación, en concreto, de la cláusula 24 del PCAC y del punto 23.2.3 del CCT

Octavo. La asociación recurrente impugna, a continuación, la cláusula 44 en relación con la 58, ambas del PCAP, señalando que establecen una multiplicidad de sanciones que vulneran el principio "non bis in ídem" y el principio de proporcionalidad.

La cláusula 44 del PCAP establece: "La resolución del contrato se regirá por lo establecido con carácter general en los artículos 211 a 213 de la LCSP y específicamente para el contrato de servicios en el artículo 313 de la LCSP.

La Administración, una vez iniciado el expediente de resolución de contrato, podrá acordar medidas provisionales al amparo del artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Con independencia de lo dispuesto en el artículo 213 de la LCSP, el incumplimiento por parte de la Administración o del Adjudicatario de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.

A los efectos de apreciar la causa de resolución establecida en el artículo 211.1.f) de la LCSP, se considerará incumplimiento de la obligación principal del contrato, así como de las restantes obligaciones esenciales:

- Los incumplimientos de las obligaciones que se hubieran calificado como condiciones especiales de ejecución del contrato en este pliego, siempre que el perjuicio derivado de la resolución no sea superior al del mantenimiento del contrato.

…….

En base a lo establecido en el artículo 71.2.c), el incumplimiento de estas obligaciones esenciales puede dar lugar al inicio del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar."

Por su parte, la cláusula 58 establece, en lo que interesa para resolver el presente recurso especial:

"A los efectos de apreciar la causa de resolución establecida en el artículo 211.1.f) de la LCSP, se considerará incumplimiento de la obligación principal del contrato, así como de las restantes obligaciones esenciales:

- Los incumplimientos de las obligaciones que se hubieran calificado como condiciones especiales de ejecución del contrato en este pliego, siempre que el perjuicio derivado de la resolución no sea superior al del mantenimiento del contrato."

Sostiene la recurrente que las cláusulas citadas establecen como consecuencia del incumplimiento de la condición especial de ejecución la imposición de penalidades, la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios y que, al hacerlo así, se vulneran los principios de non bis in ídem y el principio de proporcionalidad.

Comenzando por la denuncia sobre la citada vulneración como consecuencia de la obligación de resarcir daños y perjuicios, debemos rechazarla, pues la indemnización de los daños y perjuicios causados, al igual que las causas de resolución contractual en modo alguno constituyen una sanción, cuya imposición deba someterse a los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora, como son non bis in ídem o el de proporcionalidad.

A mayor abundamiento, dada la redacción de la cláusula en cuestión, su aplicación simultánea (aplicación de penalidad y de causa de resolución) no necesariamente se producirá, pues la resolución solo puede acordarse, cuando no sea más perjudicial que el mantenimiento del contrato.

Siguiendo por la denuncia relativa a la simultánea imposición de penalidades y aplicación de la causa de resolución, debe recordarse como el artículo 202 de la LCSP, al regular las condiciones especiales de ejecución del contrato, establece lo siguiente en su apartado 3:

"3. Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211".

Entrando a analizar la imposición de penalidades, tampoco apreciamos que la concreta configuración de las previstas a estos efectos en el pliego, incurran en desproporción, pues esta se ajusta a lo dispuesto en el artículo 192.1 inciso final de la LCSP, con arreglo al cual:

"Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrá ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA incluido, ni el toral de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato".

Como se ha indicado, la cláusula 44 del PCAP establece como regla general penalidades del 1% del precio del contrato, salvo que motivadamente el órgano de contratación acuerde, en casos de incumplimiento grave o muy grave, que alcancen hasta un 5% o hasta el máximo legal del 10%, respectivamente, y siempre con el límite del 50% del precio del contrato para el importe total de las penalidades que puedan imponerse.

Por último, la 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.

Así, el artículo 71.2.c) de la LCSP regula como causa de prohibición de contratar el incumplimiento de las cláusulas esenciales del contrato, siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 193.4 de la LCSP, al regular el régimen de penalidades, permite que, cada vez que éstas alcancen un múltiplo del 5% del precio del contrato, el órgano de contratación pueda acordar la resolución del contrato.

Y los artículos 194.1 y 213.2 de la LCSP prevén la compatibilidad de las penalidades y la resolución contractual, respectivamente, con la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración, en aplicación del principio general de indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios sufridos.

Atendido todo lo anterior, debe rechazarse el motivo de recurso 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.

Se advierte, en consecuencia, que la redacción incorporada en las cláusulas 44 y 58 del PCAP exclusivamente en lo atinente a las consecuencias que en ellas se ligan al incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del PCAP, es respetuosa con la regulación de la LCSP, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

Noveno. Procede examinar, seguidamente la alegada infracción del artículo 211.1.f) de la LCSP por configurar como causa de resolución estar incurso en prohibición de contratar.

Antes de acometer la cuestión antes planteada, es oportuno reflejar aquí, lo que hemos manifestado en nuestra reciente resolución 1043/2022, de 9 de septiembre, acerca de la posibilidad de introducir en los pliegos causas de prohibición de contratar no previstas en la LCSP, modificación de las allí reflejadas o el establecimiento de efectos de las prohibiciones no contemplados en el artículo 73 de la citada Ley:

"Precisados los términos del debate, hemos de empezar por recordar que el Tribunal Supremo, ya en su sentencia de 18 de septiembre de 1996 (rec.10536/1990; STS 48880/1996), manifestó a propósito de la introducción en un pliego de cláusulas administrativas particulares de una causa de imposibilidad o prohibición de contratar no prevista, con carácter general, en la Ley, lo siguiente:

No es dudoso que la capacidad para contratar, y todo lo que sobre ella incide, como son las "prohibiciones para contratar", constituyen materia reservada en la Ley… Establecida la conclusión anterior, que es premisa de nuestro razonamiento, y relacionándola con la cualidad de la norma impugnada, es patente la nulidad de ésta. Pues es clara la improcedencia de introducir prohibiciones de contratar mediante normas que tengan rango inferior a la ley, y mucho más si tienen tan ínfima jerarquía normativa como la que corresponde a la que aquí es examinada: "Pliego de Condiciones Particulares", aprobado por Orden de la Consejería. (…) Y ello por la elemental consideración de que en materia de prohibiciones contractuales el límite lo establece la ley y no las peculiares relaciones contractuales que en cada caso se establezcan, en virtud de la individualidad de cada contrato. Es decir, en materia de prohibiciones contractuales administrativas el monopolio de su establecimiento corresponde a quien pertenece el poder de dictar normas con rango formal de ley. Las autoridades administrativas carecen de facultad para incorporar

prohibiciones contractuales a los contratos que celebren, por muy razonables que puedan parecer éstas. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares tienen un ámbito de actuación más reducido. (…)"

Por otra parte, es oportuno resaltar que, aunque nuestros Tribunales han declarado reiteradamente que en materia de prohibición para contratar no nos situamos ante el ejercicio de potestades sancionadoras, no obstante, como ha dicho el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 31 de mayo de 2007 (recurso 9762/2004) y 1 de junio de 2007 (recurso 11052/2004), a pesar de no tener carácter sancionador, «si bien al ser un acto limitativo de derechos, según la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo, deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador».

En efecto, siendo las "prohibiciones para contratar", como declaró el Tribunal Supremo, materia reservada a Ley, y suponiendo dichas prohibiciones un acto gravemente restrictivo de derechos, en consecuencia, la reserva legal, no sólo debe alcanzar la creación de nuevas causas de prohibición para contratar o modificación de las ya existentes, sino que también se extiende en cuanto a los efectos de dicha prohibición, pues son en éstos en donde despliega la prohibición de contratar su verdadero alcance, duración y ámbito de aplicación. Por tanto, no sería consecuente que se limitara la reserva de ley únicamente a la creación o modificación de las causas de prohibición, pero no a sus efectos, pues es aquí donde se producen de manera efectiva la restricción de derechos, materializada en la imposibilidad de presentar proposiciones, con los consiguientes daños y perjuicios graves que de ello se pueden derivar para las empresas, tanto mayor cuanto más amplio sea el ámbito de la prohibición.

Ha dicho este Tribunal en varias ocasiones (entre otras, en la resolución 1376/2021, de 15 de octubre de 2021) que «Las prohibiciones para contratar tienen una finalidad "preventiva" que se concreta en "evitar, en aras de la debida tutela de los intereses públicos, la relación con la Administración de quienes hayan demostrado poca seriedad en su actividad empresarial; y conduce a concluir que tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reprochable, bien haya sido intencional, bien negligente" (STS de 18 de marzo de 2015)».

Ahora bien, esa "finalidad preventiva", en la LCSP tiene graduaciones y, por eso, dicha Ley, distingue en función del delito, tipo de infracción, actuación o comportamiento llevado a cabo por la empresa o uno de sus miembros directivos o personal contratado, el alcance y duración de la prohibición de contratar. Así, por su especial gravedad y trascendencia, el artículo 73.1, en relación con el artículo 72.3 y 71.1 a) y b), establece, si concurren cualquiera de las circunstancias y supuestos señalados en los citados apartados a) y b) del artículo 71 (delitos e infracciones graves o muy graves administrativas), que la prohibición de contratación producirá, en todo caso, efectos en todo el sector público. En el resto de las circunstancias, el acuerdo o resolución que determine la existencia de prohibición de contratar, fijará, también, su ámbito de aplicación que, en función de la causa de la prohibición y las circunstancias concurrentes, podrá abarcar, también, a todo el sector público, a una comunidad autónoma o estrictamente al ámbito de un órgano de contratación.

Asimismo, de la lectura de las circunstancias reflejadas en los apartados 1 y 2, que pueden dar lugar a la prohibición de contratar, se deduce que frente a las reflejadas en el apartado 1, que se refieren, más bien, a actividades o actuaciones cometidas o realizadas "extra contractum", aunque puedan tener un reflejo directo o indirecto en los mismos, sin embargo, las reflejadas en el apartado 2, en sus letras a) a d), su comisión tiene lugar en un ámbito estrictamente contractual.

(..)

La cuestión en controversia se resuelve, pues, por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 LCSP que, en cuanto a la libertad de pactos, determina que:

"Artículo 34. Libertad de pactos.

1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración". (los subrayados son nuestros)

Prescripción legal que es el reflejo de lo que dispone el artículo 1255 del Código Civil cuando señala que "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y

condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

Realizadas las precisiones doctrinales anteriores que son de utilidad como marco para analizar el concreto motivo de impugnación del recurso que ahora abordamos, procedemos a analizar el motivo de recurso si puede configurarse como causa de resolución, no encontrarse incurso en causa de prohibición para contratar, con base en el artículo 211.1 f) de la LCSP o como causa autónoma de resolución, esto es, al margen o con independencia de las que legalmente se establecen para la resolución del contrato de servicios.

I. Comenzaremos analizando el encaje de la cláusula en el artículo 211.1.f) de la LCSP, el cual señala que:

"f) 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 concurran los dos requisitos siguientes:

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

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

La recurrente cuestiona que la cláusula controvertida tenga una redacción precisa, clara ni inequívoca, como exige el número segundo del artículo 211.1 f) de la LCSP, lo que constituiría un primer defecto de carácter formal.

Asimismo, la recurrente denuncia la ausencia de vinculación entre la cláusula con el objeto de contrato.

Comenzaremos por analizar la redacción de la cláusula, al cual brevemente ya hemos referido en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta resolución.

No encontrarse incurso en prohibición para contratar es la condición especial de ejecución que tipifican las cláusulas en cuestión. Ahora bien, dicha cláusula no precisa ni directa ni indirectamente (por ejemplo por remisión al artículo 73.3 de la LCSP) qué debe entenderse por "encontrarse incurso" a los efectos de su aplicación.

La exigencia de "mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar" durante la ejecución del contrato y hasta su liquidación resulta un tanto imprecisa a la hora de su aplicación práctica. Si lo que quiere decir el órgano de contratación, según indica en su informe al recurso, es que "el contratista incumple esta condición especial de ejecución en el mismo momento en que, conforme a la ley, tampoco podría ya licitar a un contrato distinto, al encontrarse incurso en prohibición de contratar", debería haberlo recogido así el pliego, en aras de la claridad y la seguridad jurídica, máxime cuando el artículo 44 del PCAP permite al órgano de contratación verificar el cumplimiento de esta condición en cualquier momento durante la ejecución del contrato y le impone hacerlo al tiempo de la recepción de los trabajos realizados (sin concretar cómo ni con base en qué documentos), y ello pese a que el artículo 72, apartados 1 y 2, de la LCSP distingue una serie de prohibiciones de contratar que son directamente apreciables por el órgano de contratación, de otras que exigen un pronunciamiento expreso sobre su alcance y duración en la sentencia o resolución administrativa que las declare o, en su defecto, en la resolución que ponga fin al procedimiento regulado en dicho precepto.

Atendidos los anteriores razonamientos, este Tribunal aprecia que la cláusula no se encuentra redactada de forma precisa, clara e inequívoca, lo que conduciría per se a su anulación, pero es que, además, como seguidamente expondremos, la cláusula ha de ser anulada ante la ausencia de vinculación con el objeto de contrato.

Para ello debemos partir de una interpretación literal del artículo 211.1 f) de la LCSP, anteriormente citado.

Una interpretación literal del citado precepto conduce a considerar que solo puedan elevarse a causa de resolución del contrato, los incumplimientos de obligaciones de este,

aunque no constituyan la obligación principal y, en consecuencia, a excluir que puedan incluirse causas de resolución contractual, incumplimientos generales o derivados de otros contratos. Es más, no cualquier incumplimiento de una obligación contractual puede configurarse como causa de resolución, sino solo aquellas calificadas previamente como esenciales.

Siendo ello así, la consecuencia no puede ser otra que rechazar que encontrarse incurso en una prohibición para contratar, cuya declaración deriva de situaciones ajenas a la ejecución del contrato en cuestión, pueda configurarse como causa de resolución en este.

Refuerza este argumento, el hecho de que cuando el legislador ha querido configurar una prohibición para contratar como causa de resolución, así lo ha hecho, tal y como sucede con la prohibición para contratar recogida en el artículo 71.1 c) de la LCSP relativa a la solicitud de concurso.

En efecto, la tipificación de la solicitud de concurso como causa de prohibición (al pivotar sobre la mera solicitud de concurso voluntario o la declaración en el necesario artículo 71.1 c) de la LCSP) es diversa a su configuración ex lege como causa de resolución (siempre vinculada a la declaración por auto del juez del concurso artículo 212.5 de la LCSP), siendo también diferente las consecuencias derivadas de la misma: aplicación automática y exclusión tras ser apreciada por el órgano de contratación, mientras que como causa de resolución su aplicación es potestativa.

Resta un último y no menos importante argumento. Las prohibiciones de contratar son circunstancias legalmente previstas que impiden a determinadas personas físicas o jurídicas participar en los procedimientos de contratación del sector público, de ahí que su interpretación deba ser restrictiva tanto en cuanto al supuesto de hecho para su aplicación como en cuanto a su vigencia inicial y retroactiva, esto es, la posible extensión de sus efectos respecto de contratos ya adjudicados que se encuentren en fase de ejecución.

En punto a lo primero, la LCSP, tras regular en su artículo 72, apartados 1 y 2, la competencia para apreciar una prohibición de contratar, y en sus apartados 3 y 4, la competencia para declararla, establece en su artículo 73.3 lo siguiente:

"Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

En el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente".

Por tanto, para que una prohibición de contratar de las enumeradas de forma taxativa en el 71 produzca efectos hace falta su inscripción en el ROLECE o en el registro correspondiente, a menos que la sentencia o resolución administrativa que la imponga se haya pronunciado expresamente sobre su alcance y duración.

En cuanto a la proyección temporal de dichos efectos, es reiterada la doctrina de este Tribunal sobre la aplicación de la prohibición para contratar, que precisa declaración de alcance y duración: dies a quo y dies ad quem, siguiendo para la primera la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª núm.115/2021, de 14 de septiembre (Resoluciones nº 1375/2021, 1377/2021, 1376/2021, 1379/2021 y 1300/2021, 1378/2021). En esa misma línea debemos hacernos eco del Acuerdo del Pleno de este Tribunal de fecha 5 de abril de 2022.

Pues bien, del citado Acuerdo y a los efectos de la presente litis, debemos resaltar las siguientes conclusiones:

-Las prohibiciones para contratar se aplicarán a todos los licitadores que concurran a un procedimiento de contratación sujeto a la LCSP, no solo al propuesto como adjudicatario.

-Los licitadores deberán no encontrarse incursos en prohibición para contratar al fin del plazo de presentación de ofertas.

-El licitador propuesto como adjudicatario no podrá encontrarse incurso en prohibición para contratar, al tiempo de la celebración del contrato.

-Durante la licitación el órgano de contratación podrá exigir que se acredite no encontrarse incurso en prohibición para contratar, cuando aprecie indicios de lo contrario y no solo en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.

-Encontrarse en causa de prohibición para contratar es causa de exclusión.

Las conclusiones anteriores establecen una necesaria vinculación de las prohibiciones para contratar con la licitación del contrato y no con su ejecución y, en consecuencia, a rechazar que puedan incorporarse a los Pliegos de una licitación como causa autónoma para la resolución del contrato, en ejecución de este. En definitiva, como antes se ha razonado, la configuración que de la prohibición de contratar se hace en la cláusula en discusión, no se ajusta a los requisitos y efectos que para las prohibiciones se regulan en los artículos 71 a 73 de la LCSP.

A mayor abundamiento, consideramos que ello supondría una aplicación retroactiva incompatible con la naturaleza jurídica de las prohibiciones para contratar, que sin ser sanciones son normas claramente restrictivas de derechos (cuestión, ésta, sobre la cual posteriormente incidiremos).

Esta interpretación es también la defendida por la JCCPE.

La JCCPE en su informe de 45/13, de 26 de febrero de 2015, declaró que:

"3. Los efectos de la prohibición de contratar se producen desde la fecha en que se inscribe la misma en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Contratistas del Estado, sin que llegue a producir eficacia retroactiva respecto de los contratos que están en vigor en el momento en que se acuerde aquélla. La prohibición de contratar, con independencia de las causas comprendidas en el artículo 60 del TRLCSP, implicará que el empresario no puede resultar adjudicatario de nuevos contratos posteriores a la misma, al carecer de aptitud para contratar (artículo 54 del TRLCSP)".

En consecuencia, consideró que las prohibiciones de contratar no despliegan efectos retroactivos, sino pro futuro, y la circunstancia de que el adjudicatario incurra de forma sobrevenida en prohibición de contratar no afecta a la validez de los contratos ya

celebrados y que se encuentren en fase de ejecución, pues las condiciones de aptitud del contratista se exigen al tiempo de perfeccionarse el contrato, y sólo si en ese momento no concurren puede apreciarse causa de invalidez contractual (artículo 39.2.a) de la LCSP).

Concuerda con ello lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP, a cuyo tenor:

"4. Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato".

Como afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 2020, "A fin de eliminar cualquier controversia al respecto, la LCSP de 2017 ha optado por regular expresamente tal requisito de la 'subsistencia' en su artículo 140.4, (siendo así que la definición del término 'subsistir', según la RAE, significa 'permanecer, durar o conservarse'), por lo que el tenor literal de la nueva LCSP nos dice que los requisitos de aptitud (todos ellos) deben mantenerse ininterrumpidamente entre el momento de finalización del plazo de presentación de las proposiciones y la formalización del contrato".

Razones todas ellas, que conducen a este Tribunal a rechazar que "no encontrarse incurso en prohibición para contratar", pueda configurarse como causa de resolución como condición de especial ejecución, elevada a la categoría de obligación esencial del contrato con base en el artículo 211.1 f) de la LCSP y, en consecuencia, a anular en dicho aspecto la cláusula 58 del PCAP.

Restaría analizar si dicha causa, encontrarse incurso en prohibición para contratar, podría recogerse como causa de resolución autónoma en el Pliego, pese a no encontrarse recogida en el texto legal.

Este Tribunal ya se ha pronunciado en sentido negativo, rechazando que puedan configurarse causas autónomas de resolución fuera de las legalmente tipificadas como tales en la Ley 9/2017. Así, en nuestra reciente Resolución nº 1068/2022, al recurso 956/2022, ya señalamos:

"Hemos declarado en varias resoluciones, entre otras en la 80/2022, 1442/2021, 1581/2020 y 282/2020, que, a diferencia de la posibilidad que establecía la letra h) del artículo 223 i) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de añadir, además de las causas de resolución de contrato allí señaladas y las que específicamente también se señalaban en la citada Ley para cada categoría de contrato, otras distintas que podían establecer los órganos de contratación o las entidades contratantes en los PCAP o pliegos de condiciones particulares, en función y específicamente para el contrato que se adjudicaba (" Las establecidas expresamente en el contrato"), sin embargo, esta última posibilidad de añadir causas de resolución del contrato, ha desaparecido en el artículo 211.1 de la vigente LCSP.

Por tanto, la situación actual es sumamente restrictiva, ex lege, a admitir la creación de cláusulas en los pliegos que introduzcan causas de resolución del contrato diferentes a las señaladas en la LCSP y así este Tribunal ha anulado distintas cláusulas que contravenían dicha prohibición, como así hicimos en las resoluciones antes citadas y en otras tantas".

En el mismo sentido, si bien antes de la entrada en vigor de la actual LCSP, la JCCPE admitió que por vía convencional, esto es, en los pliegos o en el contrato, se pudiera atribuir eficacia retroactiva a las prohibiciones de contratar (Informe de 22/16, de 10 de octubre de 2018, relativo a la "Eficacia de las prohibiciones de contratar"), posteriormente abordó esta cuestión en su Informe 12/2021 y, en concreto, si cabe introducir en los pliegos, al amparo de la legislación vigente (la LCSP), causas de resolución vinculadas a un incumplimiento sobrevenido en materia de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (circunstancia que constituye causa de prohibición de contratar) por parte de los adjudicatarios, llegando a la conclusión de que no era posible:

"4. Partiendo de las anteriores conclusiones es ya posible contestar a la primera de las cuestiones que se planteaba en la presente consulta, esto es, si cabe introducir en los pliegos, al amparo de la legislación vigente, causas de resolución vinculadas a un incumplimiento sobrevenido en materia de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por parte de los adjudicatarios.

La respuesta obviamente ha de ser negativa por varias razones que vamos a analizar a continuación.

- En primer lugar, es importante recordar que la LCSP ya no autoriza la inclusión de causas de resolución que no estén expresamente establecidas con carácter general o para cada tipo de contrato en particular, con la excepción de lo establecido en el artículo 211 f) de la LCSP. Esta causa de resolución derivada del incumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por parte de los adjudicatarios no está contemplada en la LCSP en ningún caso.

- En segundo lugar, porque en la medida en que la ley ya no concede al órgano de contratación la facultad de incluir en el pliego otras causas de resolución que las establecidas en la ley, lo cierto es que el incumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por parte de los adjudicatarios, desde el punto de vista técnico jurídico no es una causa de resolución sino un supuesto de prohibición de contratar, es decir, un caso de falta de aptitud para contratar con las entidades del sector público. Así lo establece el 71.1 d) de la LCSP, que trata como un supuesto de prohibición:

'd) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen.'

Por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social es un requisito de aptitud, que se ha de acreditar durante la fase de selección del contratista (STS de 28 de septiembre 2020) y cuya omisión constituye en este momento un impedimento obstativo para contratar, pero cuyos efectos no se proyectan sobre un contrato que se encuentre ya en la fase de ejecución. Este es el criterio que viene manteniendo esta Junta Consultiva en multitud de informes. Por ejemplo, en nuestro informe 45/13, de 26 de febrero de 2015 señalamos que los contratos están en vigor y obligan al adjudicatario en tanto en cuanto no se extingan por causa, bien de cumplimiento, bien de su resolución, entre cuyas causas no se encuentra el incumplimiento de las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social ni tampoco la concurrencia de una prohibición de contratar. Por ello, ya indicamos que el hecho de que se acuerde la prohibición de contratar de un contratista afecta a la

aptitud del contratista para contratar en lo sucesivo, de modo que a partir de ese momento carecerá de ella, pero no afecta a los efectos de los contratos de los que haya resultado adjudicatario en un momento anterior y que estén siendo ejecutados, salvo que obviamente la ley contemple expresamente la circunstancia que determina la prohibición como un supuesto de resolución del contrato. Este es el caso de la declaración de concurso del artículo 211.1 b) de la LCSP, pero no el del incumplimiento de las obligaciones fiscales o de la Seguridad Social.

- En tercer lugar porque, a pesar de que el órgano de contratación pueda disponer de una libertad limitada para establecer obligaciones contractuales esenciales en los términos que antes señalamos, el cumplimiento de las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social no es una obligación que derive del contrato mismo, sino de las normas que regulan la actividad propia de la Administración tributaria o de la Seguridad Social, de modo que no guardan una relación directa con la ejecución del contrato en cuestión, resultando su origen plenamente extracontractual."

Y concluye la Junta Consultiva en el informe 12/2021 parcialmente transcrito lo siguiente:

"1. El cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social es un requisito de aptitud para contratar, que se ha de acreditar durante la fase de selección del contratista y cuya omisión constituye un impedimento obstativo para contratar, pero cuyos efectos no se proyectan sobre un contrato que se encuentre ya en la fase de ejecución. El posible incumplimiento de estas obligaciones no puede tener el carácter de obligación contractual esencial por razón de su origen puramente extracontractual, razón por la cual no resultaría de aplicación el artículo 211 f) de la LCSP.

2. La LCSP ya no concede al órgano de contratación la facultad de incluir en el pliego otras causas de resolución que las establecidas en la ley, razón por la cual el incumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por parte de los contratistas no es una causa de resolución del contrato público, sino un supuesto de prohibición de contratar para ulteriores contratos".

<u>Décimo</u>. Por último, resta examinar, la alegada vulneración de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos.

La eficacia temporal de las prohibiciones de contratar es una cuestión expresamente regulada en la LCSP (art. 73.3), que exige estar a la fecha en la que devinieron firmes la sentencia o resolución que las declare, si se pronuncian expresamente sobre su alcance y duración, o a la fecha de inscripción de la prohibición en el ROLECE o en el registro correspondiente, en otro caso. La determinación legal del momento de producción de efectos de una prohibición de contratar es una cuestión de orden público que el legislador aborda expresamente, en aras de la seguridad jurídica.

Establecer en los pliegos rectores de una licitación una regulación distinta de la legal puede, efectivamente, atentar contra el principio de seguridad jurídica, atribuyendo a determinadas prohibiciones de contratar (las que, tras la perfección del contrato, puedan imponerse al contratista adjudicatario del mismo) una eficacia retroactiva que no ha sido prevista por el legislador y que se aparta, en perjuicio de un determinado contratista, de la regulación general, lo que puede implicar una quiebra adicional del principio de igualdad, pues determinados contratistas tendrían, por vía convencional, unos perjuicios (imposición de penalidades y/o resolución de los contratos en ejecución de los que sean adjudicatarios) adicionales a ya muy gravosos efectos que, con carácter general, prevé la Ley (imposibilidad de contratar con el sector público durante el tiempo de declare la prohibición de contratar sobrevenidamente impuesta).

Como ha declarado la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2009, sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2016, 15 de diciembre de 2011 o 18 de enero de 2006), las prohibiciones de contratar no son una sanción administrativa, sin que sea aplicable su régimen administrativo, pero al ser un acto limitativo de derechos deben aplicarse principios propios del derecho sancionador, como son la idoneidad, motivación y proporcionalidad. Cabe entender que, por el mismo motivo, resulta aplicable en este ámbito el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución), pues queda fuera de toda duda que las prohibiciones de contratar son actos limitativos de derechos».

Octavo. En el caso que nos ocupa, el suplico del recurso (a diferencia del que sirve como precedente y que se cita en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta Resolución), se

dirige expresa y exclusivamente contra la cláusula 42 del PCAP y el punto 23.2.3 del Cuadro de Características Técnicas, cuya nulidad solicita que se declare; no se dirige contra las cláusulas 44 y 58 del PCAP.

Atendido lo anterior y por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta Resolución, este Tribunal estima totalmente el recurso contra ambas cláusulas, cuya nulidad declara.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por la D. M.S.L., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC) contra los pliegos del procedimiento "*51-PO-0204; 30.406/22-2 Servicios de conservación y explotación de las carreteras, sus elementos funcionales y otros servicios públicos y de obras menores relacionadas con esos servicios del sector: PO-02*", con expediente 230223602040, convocado por la Dirección General de Carreteras, y anular las cláusulas 42.2 del PCAP y 23.2.3 del Cuadro de Características, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior al de la aprobación de dicho pliego.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.