



Recurso nº 989/2022

Resolución nº

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 "*Obras de Rehabilitación de las fachadas, cubiertas y carpinterías del antiguo edificio de Tabacalera en Madrid.*", expediente 22/103 OB, convocado por la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Cultura, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En fecha 1 de julio 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 "*Obras de Rehabilitación de las fachadas, cubiertas y carpinterías del antiguo edificio de Tabacalera en Madrid*", expediente 22/103 OB convocado por la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Cultura. El contrato se califica como contrato de obras, con un valor estimado del contrato de 5.607.107,01 euros.

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

Segundo. De acuerdo con cláusula "16.- *Adscripción de medios*" de la Hoja-Resumen del PCAP

"Se requerirá a los licitadores que presenten un compromiso de la adscripción a la ejecución del contrato de los medios personales que se definen a continuación:

- *Adscripción de forma permanente (100%), durante la ejecución de los trabajos, de un Jefe de Obra con titulación Arquitecto, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, Arquitecto Técnico o Ingeniero de Edificación, con al menos 5 años de experiencia acreditada en el desempeño de dichas funciones y experiencia acreditada en el desempeño de este cargo en los últimos 15 años en al menos una obra terminada de edificación, con un presupuesto de ejecución material (PEM) superior a 4.000.000 € y una obra terminada de restauración o rehabilitación en edificios catalogados como B.I.C., de al menos 2.000.000 € (PEM).*
- *Adscripción de forma permanente (100%), durante la ejecución de los trabajos, de un encargado general de obra con al menos 5 años de experiencia acreditada en el desempeño de dichas funciones y experiencia acreditada en el desempeño de este cargo en los últimos 15 años en al menos una obra terminada de edificación con un presupuesto de ejecución material (PEM) superior a 4.000.000 € y una obra terminada de restauración o rehabilitación en edificios catalogados como B.I.C., de al menos 2.000.000 € (PEM).*
- *Adscripción con dedicación parcial (mínimo 20%), durante la ejecución de los trabajos de un técnico especialista en restauración de bienes culturales, con al menos 5 años de experiencia acreditada en el desempeño de funciones semejantes, experiencia acreditada en el desempeño de este cargo en los últimos 15 en al menos dos obras terminadas de restauración o rehabilitación en edificios catalogados como B.I.C. de al menos 2.000.000 € (PEM).*
- *Adscripción de forma permanente (100%), de un administrativo.*

Este equipo deberá actuar durante todo el período de tiempo de la ejecución de la obra y plazo de garantía y, si por causas extraordinarias, fuese precisa la sustitución de cualquiera de los componentes propuestos en la licitación –siempre por personal de igual titulación y experiencia-, la nueva designación deberá ser comunicada al Órgano de Contratación, previa aprobación del director de obra y de la Administración.”.

Por su parte, la Hoja-Resumen del PCAP establece en la cláusula "17.- Criterios para la adjudicación del contrato y ponderación de los mismos", lo siguiente:



" a) *Criterios técnicos no evaluables mediante fórmulas (Sobres nº 2)*: hasta 49 puntos.

...

3. *Muestras a presentar en sobre 2 (en los almacenes)*: hasta 16 puntos

Deberán ajustarse a las especificaciones definidas en el punto 14 de esta hoja resumen. Se valorará, además de la buena ejecución de las muestras, la adaptación de las mismas a las soluciones constructivas de proyecto, el ajuste y remate de las distintas piezas y la definición de los materiales, producto y sistemas a emplear."

Tercero. En fecha 21 de julio de 2022 CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, interpone recurso en materia de contratación contra los pliegos del procedimiento "*Obras de Rehabilitación de las fachadas, cubiertas y carpinterías del antiguo edificio de Tabacalera en Madrid*", expediente 22/103 OB convocado por la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Cultura, solicitando la adopción de medidas provisionales, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, consistentes en suspender el procedimiento de contratación.

Cuarto. Interpuesto el recurso, este Tribunal dictó resolución de 28 de julio de 2022 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afectase al 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.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

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.”

Finalmente, dado que la financiación del contrato del que este recurso trae causa va a realizarse con cargo a fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en la tramitación del recurso se ha tenido en cuenta lo exigido en el artículo 58.2 del Real Decreto–Ley 36/2020, introducido por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del Real Decreto–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.

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 en dos motivos a través de los cuales se impugnan las cláusulas 16 y 17 de la Hoja-Resumen del PCAP. Así, en primer lugar, considera que no está justificada la proporcionalidad de los medios personales exigidos, vulnerándose el art. 76.3 de la LCSP. De igual modo, considera que el criterio de adjudicación relativo a las muestras vulnera el artículo 89 de la Ley de contratos del Sector Público que tan sólo establece la presentación de muestras para acreditar la solvencia en los contratos de suministro, y no en los contratos de obras o de servicios.

El órgano de contratación, por un lado, considera que la exigencia de los medios personales se ajusta al art. 76.3 de la LCSP al ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, citando un informe solicitado a D. D.M.P., arquitecto de dicha Gerencia, con motivo del recurso interpuesto contra los pliegos. En cuanto al criterio de adjudicación consistente en la valoración de las muestras, entiende que el art. 88.1.f de la LCSP sí permite

"entre las posibilidades de solvencia técnica en los contratos de obra a exigir por el órgano de contratación, la acreditación pertinente del material que se dispondrá para la ejecución de las obras".

Sexto. Comenzando con el requisito de adscripción de medios personales, debemos comenzar recordando que se trata de una posibilidad otorgada por el art. 76 de la LCSP conforme al cual

"1. En los contratos de obras, de servicios, concesión de obras y concesión de servicios, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.

2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior.

3. La adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá 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."

Se trata, por tanto, de una potestad discrecional que la LCSP otorga a los órganos de contratación, sometida, al principio de discrecionalidad técnica de la Administración.

Como ya señalamos en nuestra reciente Resolución nº 778/2022, de 23 de junio, en un supuesto que guarda identidad sustancial con el presente recurso

"En lo referido a la primera de las objeciones formuladas por el recurrente, la exigencia de medios personales y materiales debe ser contestada, aunque resulte desorbitada al juicio del recurrente, en atención al principio de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Así, la exigencia de unos determinados medios personales y materiales como necesarios y suficientes para poder proporcionar la prestación licitada con unas garantías de calidad es privativa del órgano de contratación que conoce (por cuanto la necesita) tal prestación.

Procede la cita de resolución 240/2021 en recurso 1395/2020 en 5 de marzo de 2021, en que argumentábamos:

"Así, este Tribunal ha venido declarando de forma constante 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. Sirva como ejemplo de esta doctrina la Resolución nº 1118/2019, de 7 de octubre de 2019, dictada en el Recurso nº 922/2019:

«Quinto. Vistas las posiciones de las partes, la cuestión controvertida se centra en analizar la conformidad a derecho del requisito de solvencia técnica relativo a las características de las embarcaciones y de la composición de la tripulación.

A la capacidad y solvencia del empresario, reguladas en el capítulo II de la LCSP, nos hemos referido en la reciente Resolución nº 252/2019 de 5 de marzo. En ella afirmamos lo siguiente: (...)

“Por tanto, es al órgano de contratación a quién corresponde establecer las condiciones mínimas de solvencia que exige para contratar, debiendo ser explicitadas en el anuncio y en los pliegos. La potestad, en principio discrecional, de establecer o determinar los requisitos de solvencia exigidos, se ve sometida a dos elementos reglados: la relación de los mismos con el objeto del contrato y la proporcionalidad (entendida esta última como un elemento de ponderación entre dos intereses públicos enfrentados: la protección o maximización de la concurrencia, como principio básico de la contratación pública, y la garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución de la necesidad pública que se pretende satisfacer mediante la licitación.

Tercero. La doctrina de este Tribunal viene estableciendo que es necesaria la concurrencia de ambos requisitos (relación con el objeto del contrato y proporcionalidad) a la hora de establecer los requisitos de solvencia. Así, en la resolución nº 148/2016 de 19 de febrero, se estableció que “la solvencia que se exige a los licitadores para poder aspirar a hacerse cargo del servicio que se contrata pretende garantizar que el adjudicatario dispone de los medios y cualificación adecuados para llevarlo a buen fin, respetando al mismo tiempo el principio de concurrencia y no discriminación; de ahí que la norma exija que los requisitos que se establezcan en cada caso para acreditar dicha solvencia y la documentación requerida para tal acreditación deban estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo” (...)

En cualquier caso, como venimos manifestando al respecto, tratándose de cuestiones que se refieren a contenidos estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Este Tribunal solo tiene competencia para anular cuestiones ligadas a los requerimientos técnicos definitorias del objeto, solvencia o cualquier otro contenido de la documentación, si se incurre en infracción de ordenamiento jurídico, o en patente error o desviación de poder, de modo que

dichas características resulten patentemente inidóneas, no relacionadas con el objeto del contrato, o irrazonables y desproporcionadas, lo que no concurre en el presente caso»."

Sin embargo, precisamente por tratarse de una potestad discrecional, es preciso que el órgano de contratación motive su ejercicio especificando los criterios técnicos que le llevan a exigir dicho requisito adicional de solvencia, como expresamente exige el art. 76.3 de la LCSP cuando, no sólo contempla que la adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación sea razonable y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación, sino que expresamente exige que sea "*justificada*".

De hecho, conforme al art. 116.4 de la LCSP, "*En el expediente se justificará adecuadamente:*

...

c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo."

En el presente caso, en el expediente no consta ninguna justificación específica de dicha exigencia de solvencia adicional, sino que, como se indica en el informe del órgano de contratación, se realiza a través de un informe solicitado con motivo de la interposición del presente recurso y para ser citado en el informe del órgano de contratación.

Concurriría, por tanto, el mismo déficit de justificación que apreciamos en nuestra Resolución nº 778/2022 cuando señalamos que

"El órgano de contratación, en el informe evacuado en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 56.2 de la LCSP, da cumplida explicación en el informe remitido a este Tribunal de la racionalidad de la exigencia de medios personales y materiales habida cuenta de la envergadura de la obra y del interés general afectado por la misma. Asimismo, se pone de manifiesto que la realización de la

obra no es de la plena disposición del órgano de contratación, sino que viene exigida por la Agencia de Seguridad Aérea. Con todo, tan cumplida motivación no puede ser acogida por el Tribunal, en tanto resulta extemporánea y, por lo tanto, inútil al efecto que se pretende conseguir, que no es otro que permitir a los interesados en el procedimiento conocer el proceso lógico seguido por el órgano de contratación y, de considerarlo no ajustado a Derecho, combatirlo ante este Tribunal (o, en su caso, ante la instancia revisora que corresponda)."

Séptimo. En relación al criterio de adjudicación relativo a las muestras previsto en la cláusula 17 de la Hoja-Resumen, debemos partir, frente a lo indicado en el recurso, que dicha cláusula no está configurando un requisito de solvencia, luego resulta irrelevante para su enjuiciamiento que no aparezca expresamente contemplado en el art. 88 de la LCSP como medio de acreditar la solvencia técnica en los contratos de obra.

Su enjuiciamiento debe hacerse a la luz del art. 145 de la LCSP, que es el que regula los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato.

Es doctrina consolidada de este Tribunal la de entender que la elección de los criterios de adjudicación es una cuestión sometida a la discrecionalidad del órgano de contratación, debiendo en el ejercicio de dicha potestad respetar los requisitos del art. 145, entre los que cabe destacar la necesidad de su vinculación al objeto del contrato, su formulación de forma objetiva con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y que garanticen la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

En el presente caso, únicamente se indica en el recurso, de forma apodíctica, que la valoración de las muestras resulta "*desproporcionada*", pero desde la perspectiva del coste que supone a los potenciales licitadores, no de su ponderación para seleccionar la oferta con mejor relación coste-eficacia, que es el ámbito en el que se desenvuelve la proporcionalidad a que se refiere el art. 145 de la LCSP.

Como indica el órgano de contratación en su informe, la valoración de las muestras reales de la carpintería que se va a instalar en el edificio, está claramente vinculado al objeto del

contrato y resulta evidente que sirve al objeto de seleccionar una oferta de mejor calidad, no resulta discriminatoria y está formulado de forma clara y transparente cómo será objeto de valoración al indicar que se valorarán:

"la buena ejecución de las muestras, la adaptación de las mismas a las soluciones constructivas de proyecto, el ajuste y remate de las distintas piezas y la definición de los materiales, producto y sistemas a emplear".

En consecuencia, debe desestimarse la impugnación de la cláusula 17 de la Hoja-Resumen del PCAP.

Octavo. No se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. M.S.L., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra los Pliegos del procedimiento *"Obras de Rehabilitación de las fachadas, cubiertas y carpinterías del antiguo edificio de Tabacalera en Madrid."*, expediente 22/103 OB, convocado por la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Cultura.

Segundo. Levantar la suspensión cautelar operada, en virtud del artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 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 de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f



y 46.1 de la Ley 29 / 1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.