



Recurso nº 470/2020 C. A. de Cantabria 18/2020

Resolución nº 734/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 26 de junio de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. J. P. M. M. , en representación, como Secretario General, de la Confederación Nacional de la Construcción contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) del procedimiento para la contratación "*Construcción de una edificación destinada a Centro de Arte Rupestre en la localidad de Puente Viesgo*", licitado por la Consejería de Universidades, Igualdad, Cultura, Deporte del Gobierno de Cantabria; expediente 7.1.5/20; el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El anuncio del procedimiento para la contratación para la construcción de un centro de arte rupestre en la localidad de Puente Viesgo se publicó el 8 de mayo de 2020 y fue rectificado por nuevo anuncio el 19 de mayo de 2020, en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Segundo. En la parte que interesa a este recurso el PCAP al tratar de la subcontratación dispone en la Letra P del Cuadro de Característica la posibilidad de subcontratar, no obstante, califica como "*Tareas críticas que no podrán ser objeto de subcontratación: (Art 215.2.e)*."

De conformidad con lo previsto en los artículos 75.4 y 215.2 e) de la LCSP, las siguientes partidas deberán ser ejecutadas directamente por el adjudicatario de la obra, por lo que no podrán ser objeto de subcontratación:



- *Las unidades de obra del capítulo 3 Cimentación, con un importe de Presupuesto de Ejecución Material P.E.M. de 155.029,54 euros ó 5,049 % P.E.M.*
- *Las unidades de obra de albañilería 5.01 - 5.13 - 5.14 (fábricas de bloque de hormigón gris) con importe P.E.M. de 31.772,78 euros ó 1,034 % P.E.M.*
- *Los trabajos de albañilería localizados en las distintas unidades de obra para ayudas a instalaciones y recibidos en obra de sus elementos, conductos o cableados, así como el recibido en obra de cualquier elemento constructivo que lo precise, como carpintería exterior, interior u otro componente de obra. (aproximadamente un 1 % del P.E.M.).*
- *Las unidades de obra desde la 4.01 a la 4.04 (ejecución completa de la estructura metálica) con importe P.E.M. de 313.534,09 € ó 10,241 % P.E.M.*

Dichas partidas constituyen un elemento esencial del objeto del contrato, y, por tanto, esta Administración entiende que deberán ejecutarse de forma personalísima por el contratista principal con la finalidad de no desvirtuar la prestación contractual. (...)

Asimismo, en el anuncio de licitación se indica sobre la subcontratación permitida: *“No podrán ser objeto de subcontratación las partidas especificadas en la cláusula P) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”.*

Tercero. El 16 de junio de 2020, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió la concesión de la medida provisional solicitada en el escrito de recurso consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para conocer del mismo a tenor del artículo 46.2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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 (LCSP), y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre



(RPERMC); el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 28 de noviembre de 2012 (BOE de fecha 13/12/2012), prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 2 de febrero de 2016 (BOE de fecha 11/02/2016) y nuevamente prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 4 de diciembre de 2018 (BOE de fecha 14/12/2018).

Segundo. El recurso administrativo especial en materia contractual es el medio de impugnación apropiado contra el anuncio de licitación y el PCAP que han de regir la contratación y el anuncio de licitación de un contrato de obra cuyo valor estimado supera los tres millones de euros, de conformidad con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Tercero.- En cuanto a la Legitimación, en aplicación de los artículos 48 de la LCSP y 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, considerando los argumentos del recurso debe admitirse la legitimación de la Confederación Nacional de la Construcción.

Cuarto.- El anuncio del procedimiento de contratación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 8 de mayo de 2020, poniendo a disposición de los interesados los pliegos. El recurso se interpuso el día 28 de mayo de 2020, cumpliendo así el requisito temporal establecido en el artículo 50.1.a) de la LCSP.

Quinto.- El recurso funda su único argumento en la limitación que el régimen de excepciones a la subcontratación previsto en la Letra P del Cuadro de Características dispone de determinadas tareas críticas, adoleciendo de la suficiente, motivada y detallada justificación en el expediente de contratación, siendo esto contrario a lo dispuesto en los artículos 1, 75, 132 y 215 de la Ley de Contratos del Sector Público y a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, libre competencia, libre concurrencia y libre acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas.



El recurso acompaña su argumentación con la cita de dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Resolución 7/2017, de 2 de marzo, de la Comisión Jurídica de Extremadura.

El recurso, de la Sentencia de 14 de julio de 2016, asunto C-406/14 resalta el siguiente apartado:

“Sin embargo, una cláusula como la controvertida en el litigio principal tiene otro alcance, al imponer limitaciones al recurso a la subcontratación para una parte del contrato fijada de manera abstracta como un determinado porcentaje del mismo, al margen de la posibilidad de verificar las capacidades de los posibles subcontratistas y sin mención alguna sobre el carácter esencial de las tareas a las que afectaría. Por todo ello tal cláusula resulta incompatible con la Directiva 2004/18, pertinente en el marco del litigio principal.”

Asimismo, de la Sentencia de 5 de abril de 2017, asunto C-298/15, destaca la recurrente:

“Los documentos de la licitación deberán exigir a los candidatos o licitadores que indiquen en su oferta los subcontratistas [...] propuestos y podrán exigir a los candidatos o licitadores que indiquen en su oferta la parte del contrato que el candidato o licitador tenga intención de subcontratar [...]. Cuando la subcontratación se refiera a la realización de obras, el adjudicatario estará obligado a realizar las obras principales tal y como las defina la entidad adjudicadora. [...]”

“Dicho esto, una restricción de este tipo puede justificarse en la medida en que persiga un objetivo legítimo de interés general y siempre que observe el principio de proporcionalidad, es decir, que garantice la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C234/03, EU:C:2005:644, apartado 25, y de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili, C376/08, EU:C:2009:808, apartado 44).



En el litigio principal, de los autos de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende, por una parte, que el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública pretende garantizar la correcta ejecución de las obras. En consecuencia, esta disposición se adoptó para impedir una práctica existente consistente en que los licitadores se basasen en determinadas capacidades profesionales con la única finalidad de hacerse con el contrato controvertido, no con la intención de ejecutar por sí mismos las obras, sino de confiar la mayoría o la casi totalidad de ellas a subcontratistas, práctica que afectaba a la calidad de las obras y a su adecuada ejecución. Por otra parte, al limitar la subcontratación a las obras calificadas de «accesorias», el artículo 24, apartado 5, de la Ley de Contratación Pública pretende incentivar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública como colicitadores dentro de agrupaciones de operadores económicos más que como subcontratistas.

Por lo que respecta, en primer lugar, al objetivo relativo a la correcta ejecución de las obras, hay que considerarlo legítimo.

No obstante, aunque no se excluye que tal objetivo pueda justificar determinadas limitaciones a la subcontratación (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE Telekom, C314/01, EU:C:2004:159, apartado 45, y de 14 de julio de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu, C406/14, EU:C:2016:562, apartado 34), hay que considerar que una disposición de una normativa nacional como el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, en la medida en que prohíbe subcontratar, con carácter general, las obras que la entidad adjudicadora califique de «principales».

En efecto, esta prohibición se aplica cualesquiera que sean el sector económico afectado por el contrato controvertido, la naturaleza de las obras y la clasificación de los subcontratistas. Además, tal prohibición general no deja lugar a una apreciación casuística por parte de la citada entidad.

Es cierto que la entidad adjudicadora sigue siendo libre para definir las obras que deben calificarse de «principales». Sin embargo, no es menos cierto que está obligada a



establecer, para todos los contratos, que el propio licitador llevará a cabo todas esas obras. Así, el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública prohíbe subcontratar dichas obras, incluso en los supuestos en que la entidad adjudicadora pueda verificar las capacidades de los subcontratistas interesados y estime, tras tal verificación, que una prohibición de este tipo no es necesaria para la adecuada ejecución de las obras habida cuenta, en particular, de la naturaleza de las tareas que el licitador pretende delegar en dichos subcontratistas.”

Sexto. El artículo 215.1 y 2 de la LCSP al regular la subcontratación dispone que:

“1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos: (...)

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.



e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75 en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación”

El artículo 75.4 de la LCSP dispone:

“4. En el caso de los contratos de obras , los contratos de servicios , o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera.”

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en aplicación del TRLCSP en relación con la subcontratación estableció sus criterios entre otras en las Resoluciones nº 248/2018, de 16 de marzo y nº 1030/2017, de 3 de noviembre, con cita de otras anteriores, en el sentido siguiente:

“Sobre la cuestión prohibición de subcontratar este Tribunal ya se ha pronunciado en sus Resoluciones nº 158/2012, de 30 de julio, y nº 520/2013, de 14 de noviembre. Así dijimos en nuestra Resolución nº 520/2013: “En consecuencia, es posible afirmar que la Ley con carácter general admite la posibilidad de subcontratar, pero siempre que la subcontratación no aparezca expresamente vetada en los PCAP (...) o en el contrato, o que resulte implícita la prohibición por deducirse de su naturaleza y condiciones que el contrato ha de ser ejecutado directamente por el contratista, (...). Cuestión distinta es que para aquellos casos en los que de la naturaleza y condiciones del contrato se deduzca que el mismo no tenga necesariamente que ser ejecutado directamente por el adjudicatario, resulte aconsejable –que no obligatorio– que se permita la subcontratación.



De forma análoga, entiende este Tribunal que, dada la posición favorable que inspira la normativa comunitaria (así por ejemplo, en su considerando 32 la Directiva 2004/18/CE indica la conveniencia de prever disposiciones en materia de subcontratación, con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos), resulta igualmente aconsejable que la prohibición total de subcontratar se justifique adecuadamente en el expediente, en la medida que una cláusula que prohíbe la subcontratación puede resultar contraria al espíritu de la ley”.

De acuerdo con el artículo 215 de la LCSP la regla general es que el contratista pueda subcontratar la realización parcial de la prestación, si bien esta subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato al contratista siempre y cuando los pliegos lo prevean así, en dos supuestos. El primero, contemplado en la letra d) del artículo 215.2 de la LCSP que permite la subcontratación previa autorización del órgano de contratación. El segundo supuesto, que es el que interesa a este recurso, el recogido en la letra e) del artículo 215.2 de la LCSP, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, cuando los órganos de contratación lo establezcan en los pliegos, determinadas tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal. Además, la determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

En el caso objeto de este recurso el pliego prevé las tareas, que califica de críticas, que debe ejecutar directamente el contratista y en consecuencia de parte de las prestaciones objeto del contrato excluye la subcontratación, según la Letra P del Cuadro de Características del PCAP y con referencia al artículo 215.2.e) de la LCSP. Los trabajos excluidos son las unidades de obra del capítulo 3 dedicadas a la cimentación, con un importe de presupuesto de ejecución material de 155.029,54 euros lo que representa el 5,049 % presupuesto de ejecución material; las unidades de obra de albañilería (5.01 - 5.13 - 5.14) referidas a las fábricas de bloque de hormigón gris con importe del presupuesto de ejecución material de 31.772,78 euros y representan el 1,034 % de este presupuesto; los trabajos de albañilería localizados en las distintas unidades de obra para ayudas a instalaciones y recibidos en obra de sus elementos, conductos o cableados, así como el recibido en obra de cualquier elemento constructivo que lo



precise, como carpintería exterior, interior u otro componente de obra que representa, aproximadamente, el 1 % del presupuesto de ejecución material; y, por último las unidades de obra desde la 4.01 a la 4.04 correspondientes con la ejecución completa de la estructura metálica, con importe de 313.534,09 euros del presupuesto de ejecución material, que representa el 10,241 del este presupuesto.

Declara el propio Cuadro de Características que estas partidas constituyen un elemento esencial del objeto del contrato, y por ello el órgano de contratación entiende que deberán ejecutarse de forma personalísima por el contratista principal con la finalidad de no desvirtuar la prestación contractual.

Asimismo, el órgano de contratación ha remitido dos informes al recurso; un informe del Jefe de la Asesoría Jurídica de 2 de junio de 2020 y otro informe del Jefe de la Oficina Técnica, de 3 de junio. En el primer informe, de carácter jurídico, afirma:

“El conjunto de las tareas críticas de la cláusula P se corresponde básicamente con las partidas presupuestarias relativas a:

- *Cimentación (P.E.M. 155.029,54 € - 5,049%).*
- *Estructura metálica (P.E.M. 313.534,09€ - 10,241%).*
- *Albañilería (P.E.M. aprox. 62.500,00€ - 2,000%)*

Es decir, se ha considerado esencial que el contratista principal, adjudicatario del contrato, ejecute al menos la cimentación de la edificación, así como su estructura metálica y los trabajos de albañilería, lo que supondría, como ya se ha dicho anteriormente, un 17,324 % del total de la obra.

Este conjunto de tareas se ha considerado esencial para la correcta ejecución de la obra ya que con estos trabajos se consigue materializar un contenedor o envolvente material del futuro edificio. La correspondencia exacta de este contenedor con las especificaciones y prescripciones del proyecto técnico original, estructura integralmente el proceso constructivo de la obra, ubicando físicamente la ejecución del resto de tareas en su lugar preciso. Con ello se asegura la correcta materialización de las previsiones del proyecto técnico.



A mayor abundamiento, "los trabajos de albañilería localizados en las diferentes unidades de obra para ayudas a instalaciones y recibidos en obra de sus elementos, conductos o cableados, así como el recibido en obra de cualquier elemento constructivo que lo precise, como carpintería exterior, interior u otro componente de obra", en porcentaje del 1% del total de la obra, es considerada como tarea esencial de la obra al materializar con su ejecución la correcta coordinación entre los diferentes elementos constructivos que conforman la edificación. La hipotética intervención en la ejecución de la obra por parte de subcontratistas de diferentes oficios (carpinterías, saneamiento, abastecimiento, electricidad, aire acondicionado, telecomunicaciones, etc) precisa de una intervención personalísima a cargo del contratista principal, que materialice el oportuno anclaje o fijación material entre sí de las diferentes partes o elementos constructivos, conforme a la disposición establecida por el proyecto, atribuyéndose el exacto conocimiento, alcance y repercusión para la obra al referido contratista principal.

En definitiva, solo se han considerado esenciales, y por tanto no subcontratables, las partidas relativas a la estructura principal del edificio (cimentación, estructura metálica y fábrica de bloque de hormigón), así como las labores de albañilería que ayuden a rematar, homogeneizar y coordinar la correcta ejecución del resto de trabajos potencialmente subcontratables."

Además, el informe del Jefe de la Oficina técnica señala:

"Conforme a este apartado P del Pliego, las partidas que han de ser ejecutadas directamente por el contratista principal ascienden al 17,324 % del presupuesto de ejecución material de la obra. El resto de la obra, hasta un 82,676 % del presupuesto, resulta ser subcontratado.

Analizado el proyecto técnico aprobado con el objeto de comprender la naturaleza técnica de la obra, se confirma el carácter esencial de las tareas críticas que no podrán ser objeto de subcontratación:

- *El conjunto de las tareas críticas de la cláusula P correspondientes a "las unidades de obra del capítulo 3 Cimentación", junto con "las unidades de obra 5.01 - 5.13 - 5.14 (fábricas de bloque de hormigón gris)" y "las unidades de obra 4.01 a 4.04 (ejecución completa de la estructura metálica)", supone un 16,324 % del total de la obra. Este*



conjunto de tareas es considerado como esencial para la correcta ejecución de la obra al materializar un contenedor o envolvente material cuya correspondencia exacta con las especificaciones y prescripciones del proyecto técnico estructura integralmente el proceso constructivo de la obra, ubicando físicamente la ejecución del resto de tareas en su lugar preciso. Con ello se asegura la correcta materialización de las previsiones del proyecto técnico, conservando así las cuantías de las mediciones previstas para las diferentes unidades de obra y el mantenimiento de la interrelación prevista entre los diferentes elementos constructivos, conforme a lo que de forma detallada prevé el proyecto aprobado.

- *La tarea crítica de "los trabajos de albañilería localizados en las diferentes unidades de obra para ayudas a instalaciones y recibidos en obra de sus elementos, conductos o cableados, así como el recibido en obra de cualquier elemento constructivo que lo precise, como carpintería exterior, interior u otro componente de obra", en porcentaje del 1% del total de la obra, es considerada como tarea esencial de la obra al materializar su ejecución la correcta coordinación entre los diferentes elementos constructivos que conforman la edificación. La hipotética intervención en la ejecución de la obra por parte de subcontratistas varios precisa de una intervención personalísima a cargo del contratista principal, materializando el oportuno anclaje o fijación material entre sí de las diferentes partes o elementos constructivos, conforme a la disposición establecida por el proyecto o alternatively, en su caso, estableciendo los ajustes necesarios, a consecuencia de las variaciones o incidencias acontecidas por la intervención de su personal o subcontratistas varios, atribuyéndose el exacto conocimiento, alcance y repercusión para la obra al referido contratista principal.*

Por estas consideraciones podemos concluir que las tareas críticas de la cláusula P del Pliego tienen carácter esencial para la correcta ejecución de la obra conforme al proyecto técnico aprobado."

Las menciones que resultan del pliego, detallando la partes de la prestación que quedan limitadas a la subcontratación así como la calificación como tareas críticas o elementos esenciales del contrato lo que sería suficiente para cumplir la justificación reclamada por el artículo 215.2.e) de la LCSP, pero además debe considerarse el detalle de los informes al



recurso aportados por el órgano de contratación que contribuyen a reforzar aquélla. Por el contrario, no se observa una declaración genérica o imprecisa de prestaciones o meros porcentajes de la obra completa, sino que se hace una descripción detallada diferenciada y precisa de los trabajos que se estiman principales en el marco de los límites de la discrecionalidad técnica que este Tribunal puede enjuiciar. No debe olvidarse que la apreciación de lo que sean tareas críticas o trabajos especiales que deben de reservarse al contratista en la ejecución de un contrato cuando éste tiene por objeto prestaciones técnicas puede resultar del propio objeto de un contrato y ser evidentes para un perito o experto. Por esta razón, recordando que el Tribunal en la apreciación de los elementos técnicos que pueden concurrir en al enjuiciar la actuación de la Administración debe limitarse al análisis de los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuar los vicios del procedimiento, reprochen que no concurren en este caso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D J. P. M. M. , en representación, como Secretario General, de la Confederación Nacional de la Construcción contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) del procedimiento para la contratación "*Construcción de una edificación destinada a Centro de Arte Rupestre en la localidad de Puente Viesgo*", licitado por la Consejería de Universidades, Igualdad, Cultura, Deporte del Gobierno de Cantabria, resultando suficiente la justificación de los trabajos que quedan excluidos de la subcontratación.

Segundo. No se aprecia temeridad al objeto de imponer multa por la interposición de este recurso.

Tercero. Se levanta la suspensión del procedimiento.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso Administrativo, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.