



Recurso nº 857/2022 Ciudad de Melilla 14/2022

Resolución nº 1013/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 7 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.G.T. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación convocada por la Consejería de Hacienda de la Ciudad Autónoma de Melilla para la adjudicación del contrato de servicio de *“asistencia técnica para la redacción de proyecto básico y de ejecución, estudio de seguridad y salud y dirección técnica de las obras de ampliación, reforma interior y rehabilitación integral del edificio de la antigua sede de correos y telégrafos, para destinarlo a usos universitarios y culturales, situado en la calle Pablo Vallescá nº16, en el barrio Héroes de España, en Melilla”*, expediente 93/2022/CMA, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 10 de junio de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector público el anuncio de licitación para la adjudicación, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, del contrato de servicio de *“asistencia técnica para la redacción de proyecto básico y de ejecución, estudio de seguridad y salud y dirección técnica de las obras de ampliación, reforma interior y rehabilitación integral del edificio de la antigua sede de correos y telégrafos, para destinarlo a usos universitarios y culturales, situado en la calle Pablo Vallescá nº16, en el barrio Héroes de España, en Melilla”*, expediente 93/2022/CMA, con un valor estimado de 246.814,46 euros.

Segundo. Finalizado el plazo para la presentación de ofertas el 12 de julio de 2022, se presentaron los siguientes licitadores:

– KARIM EL HAMMOUTI GANDOUZI



- JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
- MARCO ANTONIO PÉREZ AGUILERA
- M.P.E.
- R.G.T.

Tercero. Con carácter previo, el 1 de julio de 2022 tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal el recurso interpuesto por D. R.G.T. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación.

Cuarto. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal informe en el que defiende la conformidad a Derecho de su actuación y solicita la desestimación del recurso.

Quinto. El 20 de julio de 2022, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP. El 27 de julio de 2022 D^a. M.P.E., actuando en nombre propio y como representante de la futura UTE CORREOS 2022 MELILLA presentó un escrito de alegaciones en el que, con base en los argumentos en él expuestos, solicita la desestimación del recurso.

Sexto. La Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución el 13 de julio de 2022 acordando la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, 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, sea la presente resolución la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente procedimiento se rige por la LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales



de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Ciudad Autónoma de Melilla sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 22 de octubre de 2020 (BOE de fecha 26/10/2020).

Tercero. Ha de reconocerse al interesado legitimación para recurrir al amparo del artículo 48.1 de la LCSP conforme al cual *“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”*.

Por su parte, el artículo 50 1. b) de la LCSP señala en su último párrafo que: *“con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”*.

En relación con la legitimación para recurrir los pliegos de una licitación, este Tribunal ha puesto de manifiesto de forma reiterada (valga por todas la Resolución 551/2021, de 7 de mayo de 2021) la necesidad de que el recurrente haya participado en la licitación, o se haya visto impedido de hacerlo con base en las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso especial en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

Por ello, con base en jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo (sentencia de 21 de diciembre de 2001, Roj STS 10238/2001; sentencia de 5 de julio de 2005, Roj STS 4465/2005), como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias de 8 de septiembre de 2005 —asunto C 129/04— y de 12 de febrero de 2004 —asunto C-230/02), se ha admitido la legitimación activa del empresario que impugna cláusulas del pliego que



restringen su participación en la licitación o le impiden participar en condiciones de igualdad (por todas, resolución nº 994/2019, de 6 de septiembre).

En definitiva, para poder interponer recurso especial en materia de contratación es necesario que exista en el recurrente un interés directo en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores en el procedimiento de licitación, de modo que debe justificarse un interés en participar en el proceso de licitación.

En este caso, el recurso se ha interpuesto antes de la finalización del plazo establecido para la presentación de ofertas por quien posteriormente ha concurrido a la licitación mediante la presentación de la oferta correspondiente, por lo que cabe reconocer al recurrente legitimación para la interposición del presente recurso especial.

Cuarto. Se recurre el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de un contrato de servicios que, en atención a su valor estimado (246.814,46 euros), es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44.1.a) de la LCSP.

Los pliegos del contrato son actos recurribles en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.2.a) del mismo texto legal.

Quinto. El recurso se ha interpuesto el 1 de julio de 2022 y, por tanto, dentro del plazo de quince días hábiles computado a partir del día siguiente a aquél en que se publicó en el perfil de contratante el anuncio de licitación (10 de junio de 2022), en el que se determinaba el órgano al que podía acudir para la obtención de los pliegos que se impugnan (artículo 50.1, letra b) de la LCSP).

Sexto. En cuanto al fondo del asunto, el recurrente invoca como fundamento de su pretensión anulatoria los siguientes motivos:

1º.- La prohibición absoluta de subcontratación establecida en la cláusula 16 en relación con el apartado 17 del Anexo I, ambos del PCAP, es contraria a lo dispuesto en el artículo 215 de la LCSP al suponer una restricción injustificada de la competencia.



2º.- La exigencia en el apartado 12.2.b) del Anexo I del PCAP, como requisito de solvencia técnica, de apertura de una oficina en Melilla desde el inicio de la fase de dirección de obra hasta su finalización es contraria a Derecho. Alternativamente, en caso que deba entenderse que se ha configurado como un requisito de adscripción de medios (que debería calificarse como tal de forma expresa y no tener que presumirlo), resulta claramente desproporcionado en relación con el objeto del contrato.

3º.- Igualmente es contraria a Derecho la penalidad prevista en el apartado 18 del Anexo I del PCAP, consistente en un 2,5% del precio del contrato para el caso de que por el órgano de contratación se autorice al adjudicatario realizar cambios respecto al personal inicialmente adscrito a su ejecución.

4º.- Vulneración del artículo 70 de la LCSP por no preverse en el PCAP ni en la documentación preparatoria del contrato ninguna medida que evite el falseamiento de la competencia para el supuesto de que se presente a la licitación la Arquitecta Dña. Carolina Quevedo Fernández, autora de la *“Memoria Técnica para la Rehabilitación del Edificio de Correos para usos Universitarios y Culturales”*, que forma parte del pliego de prescripciones técnicas (PPT) del contrato como “Anexo I: Estudio Previo”.

5º.- Vulneración del artículo 146.2.a) de la LCSP por no prever el PCAP la constitución de un comité de expertos con cualificación técnica apropiada, al ser la ponderación de los criterios subjetivos de valoración superior a la de los automáticos.

6º.- Transgresión del artículo 99.3 de la LCSP, al no resultar suficientemente justificada la falta de división en lotes del contrato.

Procederemos a examinar a continuación cada uno de estos motivos separadamente comenzando por el primero de ellos, relativo a la supuesta vulneración del artículo 215 de la LCSP, al prohibir completamente el anexo I del PCAP (*“características del contrato”*) la posibilidad de subcontratación en su apartado 17.

Considera el recurrente que *“la prohibición absoluta de la subcontratación es contraria a la dicción del artículo 215 de la LCSP, que establece como regla general que pueda subcontratarse la ejecución parcial del contrato, salvo aquellas tareas que de forma*



justificada se definan como críticas por el órgano de contratación”. Razona al efecto que, “dado que el contrato que nos ocupa no es secreto ni reservado, ni se han detallado ni justificado las tareas críticas que deben realizarse directamente por el contratista principal, entendemos que la prohibición de toda subcontratación, en abstracto, es contraria a la vigente LCSP”. Invoca en apoyo de su pretensión la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-406/14, EU: C: 2016:652, Wrocław / Miastonaprawachpowiatu y añade que la prohibición total de la subcontratación le impide integrar su solvencia técnica subcontratando al ingeniero exigido por los pliegos.

El órgano de contratación defiende que su actuación se ajusta a la doctrina sentada por este Tribunal en su Resolución nº 74/2020, pues, aun cuando *“es cierto que no se justificó en el expediente que la limitación de la subcontratación no suponía una restricción de la libre competencia, pero, al igual que en caso resuelto por el TACRC, de la propia licitación se desprende con rotundidad que no han existido impedimentos para que los profesionales y las pequeñas y medianas empresas puedan presentarse a la licitación”*. Añade que el recurrente *“confunde la posibilidad de integración de solvencia con medios externos con la subcontratación, cuando se trata de dos cuestiones distintas (...) cuando el artículo 75 de la LCSP se refiere a la integración de la solvencia con medios de terceros, no se refiere a que la prestación sea ejecutada por estos últimos, sino que será ejecutada por el adjudicatario, al cual los terceros le facilitarán dichos medios en virtud de la relación o vínculo que tengan entre ellos”*.

En su escrito de alegaciones, la representación de la futura UTE CORREOS 2022 MELILLA, sostiene que, siendo un aspecto fundamental del desarrollo de los trabajos objeto del contrato (redacción de un proyecto técnico y dirección de las obras) el control y la responsabilidad ejercido por el Técnico Director, no es raro que para estos servicios no se prevea la subcontratación de parte de los trabajos. Cuestión distinta es que el Técnico Director pueda ayudarse de otro personal técnico de su equipo para realizar tales tareas, posibilidad que se reconoce de forma amplia en la cláusula 12.2.b) del PCAP.

El Tribunal considera que el motivo ha de ser estimado en atención a las consideraciones que seguidamente se exponen.



La doctrina de este Tribunal sobre la limitación de la subcontratación se haya recogida, entre otras, en la Resolución nº 470/2020 que, con cita de otras anteriores, establece:

«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 con 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”».

De acuerdo, pues, con la doctrina expuesta para que la limitación a la subcontratación sea ajustada a Derecho no basta con que no produzca el efecto de restringir la competencia, sino que ha de adoptarse en alguno de los supuestos especificados en las letras d) y e) del apartado segundo del artículo 215 de la LCSP. Así se desprende tanto de la literalidad del precepto como de su finalidad, que no es otra que favorecer al máximo la competencia. Por ello, la LCSP parte del principio de admitir la subcontratación con el objetivo de favorecer, a través de ella, la participación en la contratación del sector público de pequeñas y medianas empresas que, por sí mismas, no puedan ejecutar la totalidad de la prestación o prestaciones objeto del contrato. Excepcionalmente la LCSP admite que, cuando existan tareas críticas que, por su naturaleza, deban ser ejecutadas directamente por el adjudicatario, tales tareas críticas puedan ser excluidas motivadamente de la subcontratación en los pliegos, pero siempre que dicha limitación no suponga, a su vez, una restricción efectiva de la competencia que la LCSP persigue fomentar.

En el presente caso, si bien puede entenderse que concurre el supuesto del apartado e) del apartado segundo del artículo 215 de la LCSP, por tratarse el analizado de un contrato de servicios, el PCAP no establece que determinadas tareas críticas deban ser ejecutadas directamente por el contratista principal ni, menos aún, justifica la razón para ello, limitándose a prohibir la subcontratación. Así, en su condicionado general, el PCAP dispone (cláusula decimosexta), lo siguiente:



“El contratista, según lo previsto en el apartado 17 del Anexo I al presente pliego, podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo, que quedará sometida al cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo 215 de la LCSP. La infracción de estas condiciones, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50% del importe del subcontrato.

El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

No podrá exceder del porcentaje previsto en el apartado 17 del Anexo I al presente pliego las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros”.

Por su parte, el apartado 17 del Anexo I al PCAP se limita a establecer, en materia de subcontratación que *“NO procede”*, sin indicar siquiera las razones que justifican la total prohibición de la subcontratación.

Tampoco puede deducirse de su naturaleza y condiciones que el contrato haya de ser ejecutado necesariamente por el adjudicatario de manera directa, pues, teniendo un objeto tan variado como la redacción del Proyecto Básico, Proyecto de Ejecución, Estudio de Seguridad y Salud, Dirección técnica de las obras, no se aprecia que exista imposibilidad para que alguna de estas prestaciones, o parte de ellas, pudiera ser ejecutada por un tercero a través de la subcontratación, con las garantías que impone el artículo 215 de la LCSP. En este sentido, la resolución de este Tribunal nº 74/2020, que invoca el órgano de contratación para defender la posibilidad de prohibir la subcontratación en atención a la naturaleza de las prestaciones objeto del contrato, no es aplicable al supuesto aquí examinado, pues se refería a un contrato que tenía por objeto exclusivamente la dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de unas obras, prestaciones más restringidas que las aquí examinadas y que, por estar limitadas a la estricta de dirección de ejecución de las obras, es razonable que deban ser realizadas directamente por el adjudicatario.

El recurso ha de ser, por tanto, estimado en este punto.



Séptimo. En otro orden de cosas, estima el recurrente que la exigencia en el apartado 12.2.b) del Anexo I del PCAP, como requisito de solvencia técnica, de apertura de una oficina en Melilla desde el inicio de la fase de dirección de obra hasta su finalización es contraria a Derecho. Alternativamente, en caso que deba entenderse que esta exigencia se ha configurado como un requisito de adscripción de medios (que debería calificarse como tal de forma expresa y no tener que presumirlo), resulta claramente desproporcionada en relación con el objeto del contrato.

En su informe, el órgano de contratación razona, con base en la resolución de este Tribunal nº 817/2021, que la condición establecida en el PCAP de contar con un despacho u oficina abierta en la ciudad se exige como compromiso de adscripción de medios, respeta el principio de proporcionalidad y no produce menoscabo a los posibles participantes, dado que los pliegos no exigen la titularidad del despacho ni el emplazamiento en el mismo del domicilio social, dejando abierta al criterio del licitador la utilización de cualquier fórmula admitida en Derecho. Razona, además, que el director de obra, aparte de realizar las funciones establecidas en la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación —entre las que se encuentran las visitas de obra necesarias—, es el responsable del futuro contrato que se licite para la ejecución de las obras según el artículo 62.2 de la LCSP. Por tanto, su presencia en la ciudad no se limita a las visitas mínimas a la obra, circunstancia que, añadida a las peculiaridades de la ciudad de Melilla, en cuanto a transporte se refiere, así como las del edificio que se pretende rehabilitar —ubicado en el ámbito delimitado por el Real Decreto 2751/1986, de 5 de diciembre, por el que se declara Bien de Interés Cultural, con la categoría de conjunto Histórico Artístico, una zona de la ciudad de Melilla—, hacen que la exigencia de dicho compromiso de adscripción de medios no resulte desproporcionada.

En su escrito de alegaciones, la representación de la futura UTE CORREOS 2022 MELILLA, sostiene que el requisito, exigido como compromiso futuro de adscripción de medios, es totalmente necesario para la correcta ejecución del contrato y, por tanto, proporcionado, habida cuenta de la disponibilidad de locales en la ciudad de Melilla y la no exigencia ni de distancia determinada, ni de superficie mínima, sino solo de unos medios informáticos simples.



La doctrina de este Tribunal en relación con el requisito de arraigo territorial se contiene, entre otras, en nuestra resolución nº 370/2022, de 6 de mayo, que, en un supuesto similar (impugnación de los pliegos para la contratación de la “*Asistencia técnica para la ejecución de los trabajos de dirección, dirección de ejecución facultativa y coordinación de seguridad y salud de las obras de rehabilitación del Museo de Arte de Santander*”), declara lo siguiente en su fundamento jurídico octavo:

«Finalmente y sobre el arraigo territorial, la exigencia de apertura de oficina en Santander es posible, no como requisito de solvencia, sino como compromiso de ejecución, y solo así entendida esa cláusula es admisible en línea con nuestra Resolución 184/2021, en la que se indica:

“son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación, admitiéndose, por el contrario, cuando se exigen como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato”.

Las cláusulas de “arraigo territorial” han sido declaradas ilegales por este Tribunal en numerosas ocasiones por ser contrarias a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato cuando han sido dispuestas como criterios de adjudicación o cuando se han establecido como condición de aptitud para contratar con el sector público. Fuera de estos dos supuestos, no se ha descartado su establecimiento, siempre que no fuera contrario a los principios de concurrencia e igualdad ni al principio de proporcionalidad. Así se ha permitido su exigencia como medio de adscripción para la ejecución del contrato, si se cumplían los requisitos anteriormente fijados y si se exigía únicamente al licitador propuesto como adjudicatario (sentencia TJUE de 27 de octubre de 2005 —asunto C-234/03— y resoluciones de este Tribunal, 1888/2021, 817/2021, y 1103/2015, entre otras muchas).

Además de estos argumentos interesa recordar la discrecionalidad de la que órgano de contratación ostenta para configurar las prestaciones del contrato en orden a satisfacer las



necesidades que lo justifican. En este sentido la reciente Resolución 293/2022, de 3 de marzo.

Partiendo de las consideraciones anteriores, la cláusula de “arraigo territorial” que se impugna, se encuentra establecida en el apartado 5.1 del cuadro-resumen del PCAP que dispone:

“5.1.- CONCRECIÓN CONDICIONES DE SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL El licitador que resulte mejor valorado en cada uno de los lotes, antes de resultar adjudicatario, deberá acreditar en el plazo de 5 días hábiles, desde que fuera requerido para este fin, que pone a disposición del servicio los siguientes medios para la ejecución del contrato:

- Una oficina abierta en Santander con medios técnicos, dotaciones, profesionales y personal suficientes para la ejecución de este contrato”. (todos los subrayados son nuestros).

En esta misma línea, el PPT, en su cláusula IX, determina:

“IX – MEDIOS MATERIALES Y AUXILIARES El Adjudicatario pondrá a disposición del contrato los medios materiales y auxiliares necesarios para la correcta ejecución del mismo.

El Adjudicatario deberá disponer durante toda la vigencia del contrato y hasta la recepción final, de una oficina abierta en Santander con medios técnicos y dotaciones suficientes para la ejecución de este contrato, lo que acreditará en el momento de la formalización de la adjudicación.

Deberá disponer de presencia física de miembros de la dirección facultativa cuando así lo requiera la ejecución de la obra, debiendo personarse en la obra en un plazo máximo de 4 horas” (los subrayados son nuestros).

En primer lugar, hay que señalar que, si bien es cierto que la ubicación de la cláusula controvertida dentro del apartado de solvencia técnica o profesional del PCAP, pudiera dar lugar a una inicial confusión, enseguida se descarta con la lectura de las transcripciones



hechas anteriormente de los correspondientes apartados y cláusulas del PCAP y del PPT, constatándose (véanse los subrayados que hemos realizado) la clara voluntad del órgano de contratación en su configuración como medio de adscripción para la ejecución del contrato, únicamente exigible al propuesto como adjudicatario, no suponiendo, por lo tanto, una obligación impuesta a los licitadores que pudiera suponer una conculcación del principio de igualdad y no discriminación o limitativo de la concurrencia. Tampoco, se puede deducir, en absoluto, que se pretenda configurar como un criterio de valoración de las ofertas.

Por otra parte, como se alega en el informe sobre el recurso, “No obliga a la acreditación de un domicilio social u oficina en propiedad, o cualquier otra condición de pertenencia o posesión previa al acto de presentación de ofertas”.

En segundo lugar, la exigencia impuesta en el PPT, de que se persone en la obra la dirección facultativa en un plazo máximo de 4 horas, a requerimiento de la Administración local y sin necesidad de preaviso alguno, justifica el establecimiento obligatorio de la oficina abierta en Santander como medio de adscripción a la ejecución del contrato que debe contar con los medios técnicos y dotaciones suficientes para la ejecución del contrato.

El órgano de contratación en el informe sobre el recurso abunda en apoyo a la exigencia de este medio de ejecución prevista en el PPT, con la siguiente argumentación:

(...)

A lo anteriormente expuesto, cabe añadir que con respecto al director de la ejecución de la obra, objeto de contratación del lote 2, la Ley de Ordenación de la Edificación al detallar las funciones y obligaciones del mismo, de su lectura se deduce que su presencia física en la obra debe ser casi permanente, por lo que parece aconsejar y justificar, medidas como la adoptada:

“Artículo 13. El director de la ejecución de la obra.



1. *El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.*

2. *Son obligaciones del director de la ejecución de la obra:*

(..)

b) *Verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas.*

c) *Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra*. (los subrayados son nuestros)”.
En el caso objeto de este recurso, la exigencia de una oficina abierta en la localidad en la que ha de prestarse el servicio no se impone a los licitadores como un criterio de solvencia ni de adjudicación, sino únicamente a la adjudicataria como una condición de ejecución del contrato que el órgano de contratación ha motivado en los términos ya advertidos, sin que se aprecie que exceda de la discrecionalidad técnica de la que goza aquél para establecer el objeto del contrato y las prestaciones que lo definen y sin apreciar falta de relación con el objeto del contrato ni desproporción en esta exigencia, en los términos que el informe del órgano de contratación al recurso expone».

La aplicación de esta doctrina al supuesto aquí examinado conduce a la desestimación del recurso en este extremo y ello en atención a las razones que seguidamente se exponen.

El Anexo I del PCAP, dentro del apartado 12.2, relativo a la “acreditación de la solvencia técnica o profesional”, dispone en su apartado b) lo siguiente:

“b) *Personal técnico (art.90.1.b) de la LCSP. Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integrados o no en la empresa, que participarán en el contrato con*



conocimientos técnicos sobre los aspectos objeto del contrato. El personal técnico mínimo exigido, bien en plantilla, bien como colaboradores, será al menos el siguiente personal:

- *1 responsable técnico superior: Arquitecto*
- *1 técnico instalaciones: Ingeniero técnico o superior*

La empresa adjudicataria deberá acreditar que el técnico superior (arquitecto) adscrito a este contrato cuenta con la solvencia técnica o profesional establecida en este pliego. Se deberá aportar certificación de la titulación de los técnicos adscritos.

Las empresas o técnicos adjudicatarios deberán contar con despacho u oficina abierta en la ciudad de Melilla, desde el inicio de la fase de dirección de obra hasta la finalización del mismo. Equipamiento mínimo: oficina para el uso de su personal con las condiciones necesarias para la correcta realización de las prestaciones incluidas en el contrato a la que pueda acudir el personal de la Administración para la consulta y revisión de los trabajos que éste realice; conexión a internet con fibra óptica, ordenadores personales con y software preciso para la redacción de proyectos de arquitectura. Se deberá incluir un compromiso vinculante de apertura, y mantenimiento hasta la finalización del contrato, de dicha oficina debidamente equipada, en caso de resultar adjudicatario. (Énfasis añadido).

Como acontecía en el supuesto a que la Resolución nº 370/2022 antes transcrita se refiere, aunque la inclusión de la exigencia del mantenimiento de una oficina en Melilla durante la fase de ejecución de la obra se contenga en el apartado del Anexo I del PCAP relativo a la “acreditación de la solvencia técnica o profesional” y ello pudiera llevar a considerar, atendiendo a un criterio sistemático, que esta condición se exige como requisito de solvencia técnica, de la literalidad de la cláusula se desprende que el requisito se impone con el carácter de condición de ejecución del contrato exigible, no a todos los licitadores, sino al que resulte elegido como adjudicatario. Por ello, lo que se exige en la fase inicial de presentación de ofertas es que se incluya “*un compromiso vinculante de apertura, y mantenimiento hasta la finalización del contrato, de dicha oficina debidamente equipada, en caso de resultar adjudicatario*”. De hecho, el órgano de contratación en su informe, confirma que el requisito se exige como “*compromiso de adscripción de medios al adjudicatario*”.



Partiendo de que el requisito se exige como condición de ejecución del contrato a quien resulte ser su adjudicatario, no se considera que la imposición de esta obligación sea contraria ni al principio de igualdad de trato de los licitadores (pues se impone a todos por igual, no requiere en fase previa más que la aportación del compromiso y su efectividad solo incumbe al adjudicatario), ni al principio de concurrencia (dado que, exigiéndose sólo al adjudicatario, no se requiere ni que la oficina se tenga en propiedad ni que coincida allí su domicilio social), ni al principio de proporcionalidad, pues se entiende que el mantenimiento de una oficina en Melilla durante la fase de ejecución de la obra en los términos indicados en el PCAP es razonable, atendidas: a) las características de la ciudad de Melilla en cuanto a su emplazamiento y transporte; b) las circunstancias del edificio objeto de rehabilitación en cuanto que bien de interés cultural, puestas de manifiesto por el órgano de contratación en su informe; c) las funciones que corresponden al director de ejecución de la obra según el artículo 13 de la Ley de Ordenación de la Edificación antes transcrito y c) las obligaciones que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) impone al adjudicatario en su cláusula IV (*“contenido de los trabajos a realizar durante la dirección de la obra”*), entre las que cabe destacar las siguientes:

“a) Deberá conocer en detalle todos los documentos del proyecto de ejecución, tanto en su faceta técnica y constructiva como económica, y en base a ello dar a la contrata las indicaciones previas necesarias sobre la ejecución de las diferentes unidades de obra antes de su inicio con los materiales y calidades establecidos en el proyecto.

b) Le corresponde la interpretación de los documentos del proyecto y en base a ello resolverá cuantas consultas formule la empresa constructora en relación con la selección de materiales o puesta en obra de las distintas partidas, elaborando la documentación complementaria que fuese necesaria para ello.

c) Deberá tener conocimiento puntual de la marcha de la obra en fase de ejecución y velar por la correcta aplicación de las premisas del proyecto, obligándose a realizar cuantas visitas a la obra sean necesarias para tal consecución, con el mínimo establecido en este PPT y dejando constancia en el Libro de Órdenes de todas y cada una de ellas en el mismo día de su fecha.



d) Llevará el seguimiento de los plazos de ejecución de la obra en relación con el Programa de Trabajo aprobado, dando a la contrata las instrucciones necesarias para corregir eventuales desviaciones.

(...)

h) Al comienzo de cada nuevo tajo de obra se darán las oportunas instrucciones y se inspeccionará in situ el resultado de los primeros trabajos para poder corregir errores o adecuar sobre la marcha el proceso de puesta en obra en aras de obtener los resultados apetecidos.

i) *Se recabará y apoyará permanentemente la tarea del Coordinador de Seguridad y del Coordinador de Gestión de Residuos para verificar que todos los procesos se realizan con las medidas adecuadas en cuanto a la protección de los trabajadores y a una adecuada Gestión de los Residuos generados en la obra.*

(...)

l) Durante la obra irá recogiendo y trasladando a los planos digitales del proyecto cualquier modificación que por ajustes necesarios de la obra pueda suponer alguna variación con respecto al contenido de los planos iniciales (...) Estos planos se irán desarrollando a medida que la obra avance en su ejecución de forma que de todos los tajos que vayan quedando ocultos quede la oportuna constancia documental.

(...)."

A mayor abundamiento, el Anexo I de PCAP configura el régimen de visitas a la obra por encima del mínimo exigido de una visita cada dos semanas como criterio de adjudicación del contrato en los siguientes términos:

“dadas las especiales circunstancias de estas obras de rehabilitación con decisiones que deben ser tomadas de manera ágil, elementos que puedan estar ocultos, ejecución de muestras de revestimientos, etc., en beneficio del Interés Público, se estima que debe ser valorable un incremento en el régimen de visitas a las obras con el objeto de un mayor



control sobre las mismas que repercutirá en un mejor resultado final de la rehabilitación proyectada.

El régimen de visitas a ofertar se establece en, al menos, 1 visita semanal.

De todas las visitas a obra se dejará constancia en el Libro de Órdenes en el mismo día de su fecha.

Con independencia de lo anterior, el Director de Obra asistirá con los servicios técnicos de la CAM a las reuniones en obra que tengan lugar para el seguimiento de la marcha de la misma”.

En atención a todas las circunstancias anteriormente señaladas, este Tribunal considera que la exigencia, como condición de ejecución del contrato, de la tenencia de una oficina en Melilla en los términos establecidos en el apartado 12.2.b) del Anexo I del PCAP es ajustada a Derecho, debiendo desestimarse el recurso en este punto.

Octavo. Por otra parte, el recurrente considera contraria a Derecho la penalidad prevista en el 18 del Anexo I del PCAP, consistente en una reducción del 2,5% del precio del contrato para el caso de que por el órgano de contratación se autorice al adjudicatario a realizar cambios respecto al personal inicialmente adscrito a su ejecución. Argumenta al respecto el recurrente que, habida cuenta de que al personal que pueda adscribirse a la ejecución del contrato no puede exigírsele coactivamente el cumplimiento de una obligación de hacer, máxime si se trata de personas sujetas a una relación de carácter laboral, se está previendo la imposición de una penalidad al contratista por unos hechos que quedan fuera de su capacidad de actuación y que pueden ser ajenos a su voluntad. Además, ningún perjuicio se causa a la buena ejecución del contrato si el técnico es sustituido por otro que mantenga o mejore las características del personal ofertado.

El órgano de contratación en su informe defiende que la conformidad a Derecho de la penalidad establecida se justifica en el artículo 76.2 de la LCSP, que obliga a integrar los compromisos de adscripción de medios en los pliegos atribuyéndoles 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". Añade el órgano de contratación que, dado el objeto del contrato y las singularidades del edificio sobre el que se proyecta, *"parece razonable la exigencia de adscripción de los medios personales establecidos en el PCAP así como de las penalidades establecidas, en aras de la buena ejecución del contrato"*.

D.^a M.P.E., en representación de la futura UTE CORREOS 2022 MELILLA, en su escrito de alegaciones considera la penalidad justificada dado que, siendo el único personal adscrito al contrato que se define en los pliegos un Arquitecto Superior y un Ingeniero de Instalaciones —que son aquellos cuyos méritos se valoran, y que dirigen y controlan la redacción del Proyecto—, su sustitución por otros producirá un retraso y desajustes en los trabajos, así como la necesidad de que la Administración establezca nuevas relaciones con ellos. Además, la penalidad no se aplica cuando concurren ciertas causas justificadas, por lo que resulta ajustada a Derecho.

El Tribunal entiende que el recurso debe ser desestimado en este punto en atención a los argumentos que a continuación se establecen.

El artículo 76.2 de la LCSP dispone:

"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".

De acuerdo con este precepto, los pliegos pueden optar entre atribuir a los compromisos de adscripción de medios a la ejecución del contrato la consideración de obligaciones esenciales o bien establecer penalidades para el caso de su incumplimiento, al amparo del artículo 192.2 de la LCSP.

Pues bien, el apartado 12.2.b) del Anexo I del PCAP, relativo a la solvencia técnica, transcrito en el fundamento jurídico anterior, exige que el licitador indique el personal



técnico o unidades técnicas, integrados o no en la empresa, que participarán en el contrato con conocimientos sobre los aspectos objeto del contrato, exigiendo, como mínimo, la adscripción del siguiente personal:

- o 1 responsable técnico superior: Arquitecto
- o 1 técnico instalaciones: Ingeniero técnico o superior.

Por otra parte, el apartado 23.3 del Anexo I del PCAP, configura como criterio de valoración mediante la aplicación de fórmulas, en su letra b), la *“calidad del equipo”*, al que atribuye un máximo de 30 puntos. Para la valoración de la calidad del equipo se tendrán en cuenta, según el PCAP, los siguientes criterios, 1º) la experiencia en rehabilitación de edificios y 2º) la experiencia en redacción de proyectos de instalaciones, que deberán acreditarse *“mediante una relación de los servicios o trabajos del tipo especificado realizados por el técnico adscrito al contrato”*.

Finalmente, el apartado 18 del Anexo I del PCAP, en materia de penalidades, configura como una de ellas la siguiente:

“Por modificación del personal adscrito: Si el adjudicatario quisiera realizar cambios respecto al personal que adscribió al contrato, deberá solicitarlo por escrito y requerirá la aprobación expresa de la D.G. de Arquitectura que se podrá negar si considera que la alternativa propuesta por el adjudicatario no mantiene o mejora las características de su oferta. En caso de acceder a la solicitud del adjudicatario, se impondrán automáticamente las penalidades en un importe del 2,5% del precio del contrato. Se exceptúan los supuestos de fallecimiento, incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, acogimiento o adopción de menores de 6 años o paternidad”.

Partiendo de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar el régimen de penalidades, resulta ajustado a Derecho, según se ha visto, que el órgano de contratación haya optado, al amparo del artículo 76.2 de la LCSP, por prever una penalidad para el caso de que el adjudicatario incumpla el compromiso de adscripción de los técnicos destinados a la ejecución del contrato, incumplimiento que se producirá en el momento en que los



técnicos originariamente designados abandonen la ejecución del contrato, aun cuando sean sustituidos por otros.

Adicionalmente, este Tribunal no estima que la penalidad considerada resulte desproporcionada, siempre y cuando se limite al personal mínimo que debe adscribirse a la ejecución del contrato, esto es, al Arquitecto y al Ingeniero técnico o superior a que se refiere el apartado 12.2.b) del Anexo I del PCAP, cuya experiencia se configura, además, como criterio de valoración de la oferta. De admitirse la sustitución de estos técnicos porque no suponga una merma en la calidad de la oferta que determinó la adjudicación del contrato, es razonablemente previsible que la adaptación del nuevo técnico a la ejecución del contrato supondrá o un retraso en la ejecución de la obra, o ciertos desajustes en su ejecución, o ambas cosas a la vez, circunstancias que perjudican al interés público que el contrato está llamado a satisfacer y que justifican la imposición de la penalidad considerada que, por tanto, resulta ajustada a Derecho. Ha de tenerse en cuenta, además, que la rigurosidad en la aplicación de la penalidad se mitiga excluyéndola en supuestos razonablemente admisibles como *“fallecimiento, incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, acogimiento o adopción de menores de 6 años o paternidad”*. Y, si bien es cierto que el adjudicatario no puede prohibir a los técnicos adscritos a la ejecución del contrato que abandonen su ejecución, no es menos cierto que siempre puede acudir a las fórmulas jurídicas que tenga por conveniente para resarcirse de los daños que el abandono de la ejecución del contrato por causas ajenas a su voluntad le acarree y que, en ningún caso, pueden recaer sobre la entidad adjudicadora del contrato.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado en este punto.

Noveno. Se impugna también el PCAP por vulneración del artículo 70 de la LCSP, al no preverse en él ni en la documentación preparatoria del contrato ninguna medida que evite el falseamiento de la competencia para el supuesto de que se presente a la licitación la Arquitecta Dña. Carolina Quevedo Fernández, autora de la *“Memoria Técnica para la Rehabilitación del Edificio de Correos para usos Universitarios y Culturales”*, que forma parte del pliego de prescripciones técnicas (PPT) del contrato como *“Anexo I: Estudio Previo”*. Según el recurrente, los criterios de adjudicación favorecen claramente a dicha Arquitecta en perjuicio de los demás, habida cuenta de que, por un lado, se valora con más



puntos cuanto más completa y con más detalle se presente la documentación de la oferta técnica, sin limitación de extensión alguna a los planos explicativos y programas de trabajo (apartado 22.1 del Anexo I del PCAP) y, por otro lado, se valoran como criterios de adjudicación *“la propuesta arquitectónica”* y *“el conocimiento del edificio a rehabilitar y su problemática”*, aspectos sobre los que la Arquitecta ha tenido un conocimiento privilegiado, contando, además, con mucho más plazo que los demás licitadores para redactar su propuesta (dos años). Por ello, considera que la única solución es la exclusión de la licitación de dicha Arquitecta y de las empresas a ella vinculadas.

El órgano de contratación en su informe sostiene que no se ha vulnerado el artículo 70 de la LCSP argumentando que el estudio previo se redactó para la solicitud de financiación del programa 1,5% Cultural del Ministerio de Fomento, según la Orden FOM/1932/2014. En cualquier caso, el artículo 70 recoge como medida para evitar falsear la competencia la comunicación a los demás licitadores de la información intercambiada, cosa que se ha llevado a cabo al publicar íntegramente, en el Anexo I del PPTP, la documentación redactada por Dña. Carolina Quevedo Fernández. Dicha documentación se aporta como base para que los licitadores puedan realizar sus propuestas. Así mismo, se aporta la propuesta de usos redactada por la Unidad Técnica de la Universidad de Granada, informe de inspección de patologías y ensayos de hormigón y el estudio geotécnico. En cualquier caso, añade el órgano de contratación que, *“si finalmente la arquitecta, autora del estudio previo, se presentara a esta licitación y existiera la sospecha de que se está falseando la competencia, el artículo 70 recoge que ‘antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de empresas licitadoras’*”.

En su escrito de alegaciones, la representación de la futura UTE CORREOS 2022 MELILLA, considera que la citada Arquitecta no incumple ninguna condición de incompatibilidad para presentarse a la licitación, pues la Memoria Técnica que redactó se hizo dos años antes y no es comparable, en cuanto a su objeto, con lo que constituye el objeto del presente contrato y, además, dicha Memoria ha estado a disposición de todos



los licitadores, sin que resulte demostrado que la Arquitecta haya dispuesto de más tiempo para la elaboración de la oferta.

El Tribunal considera que el recurso ha de ser desestimado en este extremo, dado que no aprecia que el órgano de contratación haya incumplido lo dispuesto en el artículo 70.1 de la LCSP. Según este precepto:

“1. El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas”.

De la interpretación del precepto se desprende que el órgano de contratación ha de adoptar las medidas necesarias para evitar que se falsee la competencia como consecuencia de la eventual participación en el procedimiento de licitación de quien haya intervenido previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o documentos preparatorios del contrato. Dichas medidas han de estar presididas por el principio de proporcionalidad



que rige toda actuación administrativa de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual:

“1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”.

La aplicación del principio de proporcionalidad al supuesto examinado exige establecer, entre todas las medidas posibles, aquellas que, logrando el propósito de interés público perseguido (en este caso, evitar falsear la competencia), sean menos restrictivas de los derechos individuales (en este caso, del derecho a participar en la licitación). Pues bien, el Tribunal considera que la redacción de una Memoria Técnica con una finalidad distinta a la que constituye el objeto del contrato no justifica la inclusión en el PCAP de la previsión de exclusión de la Arquitecta que la hizo y sus empresas vinculadas de la licitación, medida que, habida cuenta de las circunstancias, se considera desproporcionada, pues las conclusiones derivadas del conocimiento del edificio son las que constan en el estudio que se ha puesto a disposición de los demás licitadores, medida suficiente para paliar la eventual ventaja competitiva que su redacción le hubiera supuesto.

A lo anterior, ha de añadirse que el apartado 22.1 del Anexo I del PCAP establece limitaciones a la extensión de la memoria a aportar (se fija una extensión máxima de 10 folios a doble página DIN A-4 —letra tipo Arial 10 o similar—), que redundan en perjuicio de quien tenga un conocimiento más detallado del edificio y pueda, por tanto, extenderse en los detalles del proyecto.

Ha de tenerse en cuenta, además, que la LCSP no habla de prohibir en los pliegos la participación de los redactores de documentos preparatorios de los contratos, sino que prevé su posible exclusión de la licitación, para el caso de que se presenten a ella. Adicionalmente, esta exclusión no es automática, sino que debe ir precedida de un trámite



de audiencia al afectado para que *“que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”*. Por tanto, no procede estimar la petición radical de exclusión realizada por el recurrente.

Finalmente, en la relación de licitadores no consta que se haya presentado Dña. Carolina Quevedo Fernández (Arquitecta autora del estudio controvertido) ni parece que lo haya hecho ninguna empresa vinculada a ella, por lo que la pretensión del recurrente habría quedado sin objeto de manera sobrevenida.

El recurso ha de ser, en consecuencia, desestimado en este extremo.

Décimo. Afirma el recurrente que el PCAP vulnera el artículo 146.2.a) de la LCSP por no prever la constitución de un comité de expertos con cualificación técnica apropiada, al ser la ponderación de los criterios subjetivos superior a la de los automáticos. Razona que la razón subyacente al artículo 146.2.a) de la LCSP es que cuando los juicios de valor puedan decantar la adjudicación del contrato, dichos juicios sean realizados por personal experto e independiente del órgano de contratación. Por ello, aunque en el caso presente formalmente no se produce esa situación, dado que el peso de los criterios subjetivos es del 30%, al haberse establecido un umbral de 50 puntos cuya no superación supone la exclusión de la licitación, su peso relativo se incrementa, pues esos juicios de valor se convierten en decisivos para determinar si se puede optar, o no, a la adjudicación del contrato. Invoca, en apoyo de su argumentación, ciertos informes del Tribunal de Cuentas. Adicionalmente, el recurrente considera vulnerado el artículo 146.3 de la LCSP dado que el PCAP sólo establece un umbral del 50% para los criterios subjetivos, pero no respecto de los criterios automáticos, que son, a su juicio, tan cualitativos como los subjetivos.

El órgano de contratación sostiene que el criterio fijado por el Tribunal de Cuentas en los informes que cita el recurrente ha sido superado por la actual redacción de la LCSP, que determina con exactitud en su artículo 146.2 cuándo debe constituirse el comité de expertos. Además, invoca la Resolución de este Tribunal nº 844/2019, que admitiría la posibilidad de incluir una primera fase de valoración únicamente de los juicios de valor.



En su escrito de alegaciones, la representación de la futura UTE CORREOS 2022 MELILLA, defiende que, en la medida en que el apartado 10.2 del PCAP alude “al órgano de asesoramiento que corresponda según lo establecido en el artículo 146 de la LCSP”, no existe vulneración del precepto que el recurrente considera infringido, dado que ese “órgano de asesoramiento” podrá ser un comité de expertos si así resulta necesario.

El Tribunal considera que el recurso también ha de ser desestimado en este punto.

En efecto, el artículo 146.2 de la LCSP dispone que:

“2. Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

La aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos:

a) En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

b) En los restantes supuestos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la presente Ley”.



De la interpretación literal del precepto se desprende que la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor sólo corresponderá a un comité de expertos en los casos en que se atribuya una ponderación mayor a los criterios dependientes de un juicio de valor que a los criterios evaluables de forma automática.

Por otra parte, el mismo artículo 146 de la LCSP, tras exigir en su apartado 2 que *“la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia”*, dispone en el penúltimo de sus incisos que *“en el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”*.

Pues bien, la literalidad de este último inciso no permite compartir la alegación del recurrente de que tan “cualitativos” son los criterios subjetivos (o dependientes de un juicio de valor) como los automáticos (o dependientes de aplicación de fórmulas), dado que entonces, no tendría sentido exigir *“un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”*, sino que la norma habría establecido con claridad la necesidad de superar el umbral mínimo del 50% de la puntuación obtenida en cada una de las dos fases.

Además, si por *cualitativo* se considera lo *“perteneiente o relativo a la cualidad”* y por *cualidad* se entiende el *“elemento o carácter distintivo de la naturaleza de alguien o algo”* o *“calidad, condición o naturaleza de algo o alguien”* (Diccionario de la RAE), lo cualitativo no puede expresarse numéricamente. Los criterios cualitativos hacen referencia a los criterios subjetivos o criterios cuya valoración depende de un juicio de valor. Estos criterios se diferencian de los criterios cuantitativos o dependientes de la aplicación de fórmulas en que su objeto de valoración no puede expresarse numéricamente. De ahí que su valoración se haga depender del juicio de quien la efectúa, siempre subjetivo, y no de la aplicación automática de una fórmula, siempre objetiva. Por ello la LCSP se inclina por preferir los criterios objetivos a los cualitativos, dado que con ello se reduce la discrecionalidad del órgano de contratación y se asegura un trato más igualitario entre los licitadores.



Establecida así la diferencia entre, por una parte, los criterios subjetivos, cualitativos o dependientes de un juicio de valor y, por otra parte, los criterios objetivos, automáticos o dependientes de la aplicación de fórmulas, el umbral del 50% se aplica a la puntuación obtenida en los primeros, pero no a la resultante de aplicar los segundos.

Por tanto, no puede considerarse que el PCAP sea contrario a Derecho por la circunstancia de que exija la superación del umbral del 50% del conjunto de criterios subjetivos, como requisito previo para pasar a la valoración de los criterios objetivos respecto de los que no se aplica el mencionado umbral.

No razona el recurrente en qué medida la regulación contenida en el PCAP le resulta perjudicial, consistiendo la invocada en una defensa genérica de la legalidad que ningún efecto aparente parece tener en la esfera jurídica de sus intereses.

Por lo demás, el PCAP ni exige ni descarta la existencia de un comité de expertos, sino que se remite en su cláusula 10 al órgano de asesoramiento que corresponda. En todo caso, no se considera exigible en este supuesto la existencia de comité de expertos, al no tener atribuidos los criterios subjetivos una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática.

El recurso, por tanto, tampoco puede ser estimado en este punto.

Undécimo. Por último, alega el recurrente que la falta de división en lotes del contrato, así como el carácter genérico de la justificación ofrecida son contrarias a lo dispuesto en el artículo 99.3 de la LCSP.

En su informe el órgano de contratación señala que la no división en lotes del contrato se halla suficientemente razonada tanto en la memoria justificativa del contrato como en el apartado 1 del Anexo I del PACAP. Se ampara, además, en lo dispuesto en el artículo 308 de la LCSP en la nueva redacción dada por la Ley 9/2022, de 14 de junio de 2022.

Por su parte, en sus alegaciones, la representación de la futura UTE CORREOS 2022 MELILLA también considera que la justificación de la no división en lotes que se contiene en el expediente de contratación es suficiente y afirma que *“la adjudicación de trabajos*



conjuntos de Redacción de Proyecto y Dirección de Obras es algo habitual, por cuanto que la Dirección de las Obras la ostente el mismo técnico que ha redactado el proyecto garantiza un conocimiento muy profundo de todos los aspectos del mismo y la mejor coordinación de las diferentes prestaciones”.

En relación con la división de los contratos en lotes, se ha de tener en muy en cuenta que, desde la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, la no división en lotes es la excepcionalidad para favorecer, principalmente, la concurrencia, no restringir la competencia y posibilitar la máxima participación de las PYME.

El considerando nº 78 de la citada Directiva, así lo refleja:

“A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos.

La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato



excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.

Los Estados miembros deber seguir gozando de libertad para prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, exigiendo a los poderes adjudicadores que aporten una justificación de la decisión de no dividir los contratos en lotes o haciendo obligatoria la división en lotes bajo ciertas condiciones (...)

Lo manifestado en el considerando antes transcrito, se traduce en el artículo 46 de la Directiva:

“División de contratos en lotes

- 1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes.*
- 2. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84.”*

En nuestro ordenamiento, esta regla general de división del contrato en lotes, se ha incorporado al artículo 93.3 de la LCSP:

“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.



No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.

De lo anterior cabe deducir las siguientes conclusiones:

a) La obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYMES en los contratos del sector público.

b) Esa obligación se encuentra especialmente justificada cuando se licitan grandes contratos.

c) El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas la magnitud de cada expediente y de cada lote.

d) En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.



e) Los motivos válidos a que se refiere el artículo 99 son de carácter enunciativo, pudiendo existir otros.

Partiendo de lo anterior, este Tribunal ha venido aplicando una doctrina en torno al margen de discrecionalidad de que gozan los órganos de contratación a la hora de definir el objeto del contrato y su división en lotes, así como qué motivos se consideran válidos para que el órgano de contratación decida la no división en lotes. Así, en nuestra resolución nº 430/2018, señalamos:

«La discrecionalidad de los órganos de contratación para determinar si las prestaciones objeto del contrato constituyen una unidad contractual o no, así como si son susceptibles de unidades fundacionales independientes divisibles en lotes, se manifiesta bajo el prisma de la racionalización de la contratación administrativa. En este sentido, la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales, partiendo de la literalidad del artículo 86.3 del TRLCSP, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, expresan que se trata de una decisión que entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurren. Al respecto, en nuestra Resolución nº 408/2017 —citada posteriormente en la nº 600/2017— hemos señalado lo siguiente: “En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que “la división no es obligatoria”, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE exprese que, para aumentar la competencia, “procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar “la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, “cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador”.

En definitiva, el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, margen que está sujeto también



a la doctrina de la discrecionalidad técnica, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las PYMES».

Asimismo, hemos dicho recientemente en nuestra Resolución nº 720/2022, de 16 de junio, que *«el artículo 99.3 b) de la LCSP, no solo exige que concurren las causas que prevé como excepción a la realización independiente de cada una de las partes del contrato, cuando su objeto o naturaleza lo permita, mediante su división en lotes, sino también exige que así se justifique debidamente en el expediente. La justificación formal es un requisito vinculado a la motivación que siempre debe estar presente en el ejercicio de facultades discrecionales, y que permite a posibles interesados, conocer a priori las razones, los motivos del órgano de contratación para mantener en un solo objeto contractual diversas prestaciones y así sopesar con plenitud la concurrencia de los requisitos legales en orden a decidir si procede o no su impugnación».*

Descendiendo al supuesto concreto, debe analizarse cuál es la justificación dada para la no división en lotes del contrato, teniendo en cuenta que la Ley exige y, así se ha venido señalando por este Tribunal, que debe ser ofrecida tal justificación antes del recurso, en la tramitación del expediente, que es cuando se define el objeto del contrato. El Anexo I del PCAP ofrece la siguiente justificación en el apartado 1, similar a la que se contiene en la memoria justificativa del contrato:

“División en lotes: NO

No se establecen, debido a la dificultad de la correcta ejecución del contrato desde el punto de vista técnico (artículo 99.3 de la LCSP), debido a que las prestaciones comprendidas en el objeto del mismo, ejecutadas de manera separada, sufren menoscabo o detrimento. Asimismo supondría un riesgo para la correcta ejecución del contrato procedente de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones: Con la división en lotes se pierde la optimización del control de la ejecución global del contrato, se pierde la coordinación de la ejecución de las diferentes prestaciones que podría verse imposibilitada por la ejecución de una pluralidad de



contratistas diferentes en el caso de plantear la división en lotes de esta licitación (artículo 99.3 de la LCSP) y se pierde igualmente la eficiencia en la ejecución”.

Se trata la transcrita de una justificación de carácter genérico, que se limita a reproducir lo establecido en el artículo 99.3.b) de la LCSP, pero sin ofrecer las razones por las que procede su aplicación a las concretas prestaciones que constituyen el objeto del contrato y sin que sea labor de este Tribunal suplir la deficiencia de motivación en que ha incurrido el órgano de contratación.

El órgano de contratación alude en su informe al artículo 308.4 de la LCSP en la nueva redacción vigente tras la reforma operada por la Ley 9/2022, de 14 de junio. Según este precepto:

“Podrá contratarse de forma conjunta la redacción de proyectos y la dirección de obra cuando la contratación separada conlleve una merma en la calidad de las prestaciones objeto del contrato, dificultando la coordinación y continuidad entre la fase de redacción del proyecto y su ejecución en obra. El órgano de contratación motivará debidamente en el expediente que concurren estas circunstancias”.

Ahora bien, la invocación de este precepto no puede enervar el defecto de motivación en que ha incurrido el órgano de contratación pues:

1º. Se trata de una justificación ofrecida *a posteriori*, esto es, después de la interposición del recurso y la motivación debe existir antes, precisamente para que el recurrente valore si procede o no la impugnación.

2º. El precepto no resulta aplicable al presente expediente de contratación por razones cronológicas, según se infiere de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2022.

3º. Aun cuando fuera aplicable, el precepto invocado mantiene la exigencia de que se motive debidamente en el expediente la concurrencia de las circunstancias que aconsejan la contratación conjunta de los servicios de redacción de proyectos y dirección de obra. Esta motivación ha de ser específica para cada contrato y no puede limitarse a la reproducción de lo que dice el precepto. En efecto, al igual que sucede con el artículo 99.3



de la LCSP, el deber de motivar debidamente no se cumple con la reproducción del precepto legal, sino que exige que se expongan cuáles son las concretas razones por las que la ejecución separada de las prestaciones objeto del contrato pueden suponer una merma de su calidad o dificultar su debida coordinación.

En atención a las consideraciones expuestas, el recurso debe ser estimado en este punto, si bien ha de aclararse que la estimación no comporta necesariamente la obligación del órgano de contratación de dividir en lotes el contrato, sino de motivar adecuadamente por qué procede su no división en lotes.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. R.G.T. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación convocada por la Consejería de Hacienda de la Ciudad Autónoma de Melilla para la adjudicación del contrato de servicio de *“asistencia técnica para la redacción de proyecto básico y de ejecución, estudio de seguridad y salud y dirección técnica de las obras de ampliación, reforma interior y rehabilitación integral del edificio de la antigua sede de correos y telégrafos, para destinarlo a usos universitarios y culturales, situado en la calle Pablo Vallescá nº16, en el barrio Héroes de España, en Melilla”*, expediente 93/2022/CMA, y declarar nulos, por ser contrarios a Derecho, los apartados 1 (en lo relativo a la NO división en lotes del contrato) y 17 (en materia de subcontratación) del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el citado contrato con base en lo dispuesto en los fundamentos jurídicos sexto y undécimo de la presente resolución, con desestimación del resto de los motivos alegados por el recurrente.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución del recurso vinculado 861/2022, recaído sobre el mismo procedimiento.

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 de la LCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, 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.