

Recurso 122/2024
Resolución 152/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 19 de abril de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EFICIENCIA Y SOSTENIBILIDAD INTEGRADA SOCIEDAD LIMITADA** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Redacción de Proyecto, Dirección de Obras, Coordinación de Seguridad y Salud y Asistencia Técnica Para Justificación de Inversiones, de las Obras de Proyecto Integral de Energía Limpia en el Municipio de Balanegra, Medidas 1, 3 y 5, dentro del PRTR”, (Expte. 236/2024), convocado por el Ayuntamiento de Balanegra (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de marzo de 2024, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 20 de marzo de 2024 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el citado día 20 de marzo de 2024. El valor estimado del contrato asciende a 227.722,48 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 27 de marzo de 2024 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EFICIENCIA Y SOSTENIBILIDAD INTEGRADA SOCIEDAD LIMITADA (en adelante la recurrente o la entidad recurrente) contra los pliegos. En su escrito de impugnación solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

El mencionado escrito de recurso especial fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, tras su reiteración lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por Resolución MC. 40/2024, de 5 de abril, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitado por la recurrente. Asimismo, en dicha resolución se acuerda la suspensión del plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por las personas interesadas.

Mediante oficio de la Secretaría se solicita al órgano de contratación que aporte listado en el que consten todas las entidades licitadoras que hayan presentado oferta en el procedimiento de adjudicación hasta la fecha de adopción de la citada medida cautelar.

Posteriormente, habiéndose cumplimentado el trámite de alegaciones al recurso, con traslado de dicho escrito a los interesados en el procedimiento por plazo de cinco días hábiles, no consta que se haya formulado ninguna en el plazo otorgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, toda vez que el Ayuntamiento de Balanegra (Almería) ha manifestado que no dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la entidad ahora recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«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»*.

En el supuesto examinado, la recurrente en su escrito de recurso impugna los pliegos que, entre otra documentación, rigen el presente procedimiento de licitación por entender que incluyen una serie de disposiciones, a las que alude en su escrito, relativas a la solvencia económica y financiera y solvencia técnica o profesional, que a juicio de la recurrente ponen de manifiesto que la licitación restringe o dificulta sus posibilidades de acceder a la misma.

Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de



Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 20 de marzo de 2024, según consta en el citado perfil, por lo que computando desde dicha fecha el recurso presentado el 27 de marzo de 2024 en el registro en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo, declare la nulidad de los mismos, al considerar que *«la inclusión en los pliegos de los criterios de selección indicados y recurridos en este acto, vulneran los principios de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad e integridad, siendo estos principios piedras angulares de todo el sistema de contratación administrativa.»*

Concreta su pretensión mediante los siguientes motivos:

1.1. Desproporción de la solvencia económica y financiera exigida para concurrir a la licitación.

El recurso tras citar y reproducir el apartado 4.B del anexo I “*Características del contrato*” del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), relativo a la “Solvencia económica y financiera”, el artículo 87 de la LCSP y la Resolución 45/2023, de 23 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, se opone a la cifra anual de negocios requerido en el PCAP, argumentando que: *«Esa cantidad de 341.583,72 € corresponde a una vez y media el valor estimado del contrato de 227.722,48 €. No obstante, y dado que el contrato tiene una duración de dos anualidades (2024 y 2025), ese valor de solvencia económica mínima debería haberse obtenido a partir de la anualidad media del contrato, con lo que le correspondería una cantidad de 170.791,86 €. Por ello, se considera que este aspecto del criterio vulnera los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad. Y el cual se impugna con el presente acto para su nulidad, eliminación o modificación.»*

Además, alega que, *«No consta ni en la memoria justificativa ni en ningún otro documento la justificación de los criterios de acreditación de la solvencia económica en cuanto al importe requerido.»*

1.2. Desproporción de la solvencia técnica o profesional exigidas mediante el criterio de selección 1 “Experiencia profesional”.

Al igual que en la alegación anterior, la recurrente tras citar el criterio 1 contenido en el apartado el apartado 4.C Solvencia técnica o profesional del anexo I del PCAP, el artículo 132 de la LCSP, y la Resolución 261/2023, de 29 de junio, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, señala que no se encuentra en el expediente justificación o acreditación de los criterios de acreditación de la experiencia profesional requerida, la cual es desproporcionada y restringe la competencia, a juicio de la recurrente, en varias de sus exigencias.



Respecto a la acreditación de un mínimo de 15 contratos, cuyos destinatarios sean administraciones públicas y se refieran a proyectos subvencionables de más de un millón de euros, argumenta que *«Según la LCSP, y reafirmado por la jurisprudencia del TACRC, los requisitos de solvencia técnica o profesional deben ser proporcionales al valor económico del contrato y al objeto del mismo. Es decir, no deben establecerse condiciones que, por su exigencia, limiten de manera desproporcionada la competencia o el acceso a la licitación a posibles interesados. La resolución nº 333/2016 y la resolución nº 1001/2020 del TACRC son ejemplos pertinentes donde se subraya que los requisitos de solvencia deben ser objetivamente proporcionados. En particular, la Resolución nº 1001/2020 señaló la nulidad de un pliego por establecer un requisito de solvencia que resultaba desproporcionado y restrictivo para la concurrencia competitiva, especialmente para las PYMEs.»*

En cuanto a la exigencia de acreditar experiencia en la redacción de proyectos NEXT GENERATION DUS 5000, la recurrente argumenta que: *«La normativa del mecanismo NEXT GENERATION y cualquier programa de ayudas enmarcado en el mismo, no ha modificado la normativa de redacción de proyectos.*

(...)

Lo que ha cambiado dicho mecanismo NEXT GENERATION es la forma de gestionar las actuaciones financiadas. Entre otros, se han introducido nuevos criterios de seguimiento y control de las actuaciones (COFFEE) o el establecimiento de medidas para la lucha contra el fraude y conflicto de intereses. Es decir, la forma en la que se controlan y justifican las subvenciones objeto de financiación.

(...)

Por tanto, la redacción de proyectos no está vinculada ni acredita la asistencia técnica y jurídica para la justificación de la subvención. Esa prestación necesaria a satisfacer en el contrato es muy diferente de la exigida para acreditar su conocimiento. Conviene resaltar que habría sido más coherente el haber exigido experiencia en asistencia técnica y jurídica en la justificación de subvenciones. Existen muchas consultoras e ingenierías por todo el territorio nacional con amplia experiencia en seguimiento y justificación de subvenciones de multitud de programas de la Unión Europea. Desde que fue aprobada y publicada la normativa de los nuevos fondos PRTR, las consultoras especializadas que vienen trabajando en este sector, son ampliamente conocedoras de la legislación aplicable aún sin haber redactado ningún proyecto técnico, algo más característicos de arquitectos o ingenieros.

(...)

El programa DUS5000 se convocó mediante publicación del Real Decreto 692/2021, de 3 de agosto de 2021 y las primeras resoluciones de concesión de ayuda empezaron a notificarse el 03 de agosto de 2022. Es decir, no hay una amplia experiencia del sector en este programa. Por tanto, desde el punto de vista de una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, no es lógico ni coherente basarse exclusivamente en tener la experiencia de un único y reciente programa de ayudas y no en una más amplia experiencia de gestión de diferentes programas europeos. Pudiera darse el caso, para perjuicio de la administración, de empresas de reciente creación sin experiencia en justificación de subvenciones, que consiguiesen formalizar un gran número de contratos públicos, corriendo el riesgo de pérdida de las ayudas recibidas.»

Tras todo lo expuesto concluye esta alegación afirmando que este requisito de experiencia *«es discriminatorio y contrario a la concurrencia. Y que se debería haber añadido una aclaración al respecto, como “NEXT GENERATION DUS 5000 u otro programa equivalente de ayudas financiado por la Unión Europea.”»*.

Por todo ello, considera que el criterio de solvencia técnica exigido en el PCAP vulnera los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad.

1.3. Desproporción de la solvencia técnica o profesional exigidas en el criterio de selección 2 “Titulaciones académicas y profesionales”.



El objeto de la presente alegación es la regulación dada al criterio 2 en el apartado 4.C del anexo I del PCAP, sobre el que la recurrente, tras reproducir su contenido, formula los siguientes motivos de oposición:

(i) Sobre la exigencia de que el director del equipo sea arquitecto, la recurrente comienza señalando el alcance de los trabajos contenido en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), y a continuación esgrime que *«los Ingenieros Industriales están habilitados para el desempeño de todas las prestaciones a realizar recogidas en el Pliego técnico. Por tanto, no puede restringirse sólo a la titulación indicada y han de ser admitidas todas aquellas titulaciones habilitantes para el desempeño de las prestaciones, dado que en caso contrario se está limitando la competencia.»*

No consta ni en la memoria justificativa ni en ningún otro documento la justificación de los criterios de acreditación de la solvencia técnica.

Conforme se recoge en el art. 76.3 de la LCSP, «la adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación.»

Por ello, se considera que este del criterio vulnera los principios de igualdad y no discriminación, razón por la cual solicita su reformulación con la inclusión expresa de titulaciones equivalentes.».

(ii) En cuanto a la exigencia de experiencia en edificación argumenta la recurrente que *«la mayor parte del objeto del contrato consiste en actuaciones de mejora de instalaciones municipales y de actuaciones de obra civil, siendo en menor medida los trabajos vinculados a la mejora de la edificación. Además, en el alcance de los trabajos a realizar recogidos en pliegos no se incluyen proyectos y obras de nueva edificación.»*

No consta ni en la memoria justificativa ni en ningún otro documento la justificación de los criterios de acreditación de la solvencia técnica.».

Por lo que tras reproducir el contenido de los artículos 74 y 76 de la LCSP, concluye que este criterio vulnera los principios de no discriminación y proporcionalidad y solicita igualmente su reformulación con la inclusión expresa de experiencia equivalente.

(iii) En cuanto al requerimiento de *«1 Licenciado/Graduado en Económicas, ADE o similar que cuente con al menos 5 años de experiencia.»*, considera que tal requisito carece de vinculación alguna con el objeto del contrato siendo desproporcionado exigir tener en plantilla determinada cantidad de trabajadores, o perfiles profesionales.

Tras lo expuesto solicita la eliminación del citado criterio, por considerar que el mismo vulnera los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad.

1.4.-Trabajos que han de ser directamente ejecutados por el licitador.

En esta última alegación la recurrente, tras reproducir el contenido de los apartados 4.D y 4.E del anexo I del PCAP, se opone a la previsión contenida en los mismos de no subcontratación de los trabajos de *«-Redacción de Proyecto -Dirección de Obras -Justificación de la Subvención.»*

Considera que *«dado que se han establecido como tareas críticas, todas las prestaciones del contrato (salvo la coordinación en seguridad salud, prestación insignificante con relación al resto). Y como no se puede subcontratar, ello implica eliminar la subcontratación en el presente contrato, algo que va en contra de la LCSP y la normativa europea en cuanto a subcontratación.»*



Por ello, se considera que la prohibición de la subcontratación vulnera los principios de igualdad, competencia, no discriminación y proporcionalidad. Y lo cual se impugna con el presente acto para su nulidad y eliminación.

- *En el presente acto, se recurre e impugna la prohibición de subcontratar personal adscrito que forme parte del equipo de profesionales.*
- *En el presente acto, se recurre e impugna el establecimiento de las tareas críticas dado que no queda justificada la limitación de la subcontratación de esas tareas».*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso solicita la desestimación del mismo sobre la base de los argumentos que se exponen a continuación.

2.1. Sobre la solvencia económica y financiera exigida para concurrir a la licitación.

El informe al recurso defiende que la solvencia económica exigida en el PCAP «se encuentra dentro del marco establecido en el art. 87 de la LCAP y que de ninguna manera vulnera los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad, dada las características especiales que tiene el contrato.»

Argumenta al efecto lo siguiente: «*el contrato de servicios no tiene una duración determinada en años o meses, sino una fecha fija de finalización coincidente con el plazo de terminación de presentación de la justificación de la subvención. Por tanto, no es correcto que estemos ante dos anualidades de duración del contrato, sino que se va a ejecutar en dos años diferentes y continuos (2024 y 2025), y el plazo, dependiendo de la fecha de inicio de la ejecución del contrato será de un año y escasos meses o, incluso, inferior a un año.*

(...).

La proporcionalidad de la solvencia, dentro de la LCSP (art. 74) es un concepto jurídico indeterminado, por lo que para conocer la admisibilidad del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles en relación con el objeto del contrato, teniendo en cuenta su complejidad técnica y su dimensión económica, u otras circunstancias (...).

En el presente caso, debemos acudir al Anexo I: Características del contrato en el cual, en su apartado primero, se describen los hitos y objetivos a cumplir. A lo largo de la descripción allí expuesta, se puede apreciar la complejidad técnica en la ejecución de los trabajos objeto de licitación, y la necesidad de contar con una empresa de solvencia exigente.».

2.2. Sobre la solvencia técnica o profesional exigida para concurrir a la licitación.

En cuanto a la experiencia profesional exigida el informe al recurso indica: «*La razón del establecimiento del citado criterio de solvencia se debe a la necesidad de contar con una empresa con la suficiente garantía para proceder correctamente al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el pliego y que están directamente relacionadas con los objetivos subvencionables. En esa tarea se incluye la asistencia técnica y jurídica para la justificación de la subvención. Una subvención que, como todos sabemos comprende una nueva regulación y exigencia de cumplimiento de requisitos en todas sus fases (preparación de las licitaciones, introducción de datos en la sede electrónica del IDAE como seguimiento de la ejecución del proyecto y, finalmente, la justificación de las actuaciones ejecutadas). A la hora de exigir experiencia a las empresas licitadoras que, insistimos, nos resulta imprescindible, se ha optado por un criterio que no supone la ejecución de similares contratos al que se licita ya que, precisamente para no restringir la competencia, estas subvenciones (DUS 5000) están en la mayoría de los casos, en proceso de ejecución.*



No existiendo muchos casos de contratos con estas características, completamente finalizados, se ha optado por la experiencia en la asistencia técnica para la redacción de los proyectos, en los que sí existen infinidad de contratos al respecto ejecutados correctamente, y que suponen una experiencia tanto en el conocimiento de la normativa aplicable de estas subvenciones, como en la redacción de proyectos (memorias) que incluyen el conocimiento de los hitos y objetivos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En cuanto al mínimo de contratos exigidos (15) y el importe de dichos proyectos (un millón de euros), no entendemos (con todos los respetos), que sea un criterio desproporcionado. Como ya hemos indicado, se buscan empresas con dilatada experiencia en la presentación de proyectos subvencionables, que sean administraciones públicas como este Ayuntamiento (no se aplica igualmente la normativa a una Administración pública que a otras entidades del sector público o privado, especialmente en materia de contratación y fiscalización) y con un conocimiento profundo de la normativa novedosa y extensa que regula este tipo de proyectos subvencionables. En cuanto al importe de un millón de euros por proyecto, no debemos compararlo con el importe de la licitación, sino con el importe de la subvención otorgada a este ayuntamiento (2.361.127,84 e) y que supone un 50% menos de dicho importe.

También nos oponemos a la argumentación dada por el recurrente en el sentido de indicar que la exigencia de la acreditación de proyectos Next Generation DUS 5000 es desproporcionada, y que la normativa para la redacción de este tipo de proyectos no es diferente de otros fondos europeos como los FEDER. Y que en todo caso la exigencia de esta experiencia debería haberse referido a la asistencia técnica y jurídica en la justificación de las subvenciones. Como reconoce el propio recurrente, estos proyectos deben recoger diferentes aspectos técnicos novedosos y con unas características y exigencias peculiares. Y no son pocas, al contrario de lo que se afirma. En el PPTP se describe minuciosamente cada una de las medidas objeto del contrato y que están ligadas al proyecto subvencionable. En ella se puede apreciar los requisitos técnicos, energéticos y ambientales que deben ajustarse a normativa muy reciente y que convierten a este tipo de actuaciones, en proyectos singulares como bien se describe en el título del Real Decreto 692/2021, de 3 de agosto (proyectos singulares de energía limpia).».

Por último, y respecto a la falta de motivación de la solvencia exigida señala que «no es cierto que el citado criterio de solvencia no venga justificado en el expediente de contratación, ya sea de forma indirecta dentro del apartado de hitos y objetivos a cumplir, recogido en el apartado 1 (objeto del contrato) de anexo I del PCAP (Características del contrato), como en el propio Decreto de rectificación del PCAP de 20/03/2024 (por el cual se abrió nuevo plazo de presentación de ofertas).».

2.3 Sobre las titulaciones académicas y profesionales exigidas.

En este punto el órgano de contratación, tras referir la descripción de los trabajos contenida en la cláusula 3 del PPT, alega que: «La elección de un Arquitecto director tiene su razón de ser en la ejecución de trabajos consistente en la rehabilitación de cubiertas de edificaciones con más de 25 años de antigüedad, para lo cual será necesario, no sólo la redacción del proyecto, sino también una dirección de obra que pueda detectar posibles deficiencias graves en los techos de las edificaciones antiguas y deterioradas. De ahí la cuestionada elección.».

2.4 Sobre el compromiso de dedicación de los medios personales y subcontratación

El informe al recurso se opone igualmente a que la prohibición de la subcontratación contenida en el clausulado del PCAP suponga una vulneración de los principios de igualdad, competencia, no discriminación y proporcionalidad, argumentando al efecto que: «Las especialidades técnicas del contrato, sobre todo en lo que concierne a la buena ejecución y la asistencia técnica en la justificación del proyecto subvencionable, aconsejan la máxima homogeneidad y control por parte de la empresa contratista. Cualquier error, en las tareas críticas señaladas podrían dar lugar a la pérdida de la subvención otorgada a este Ayuntamiento, por lo que se pretende



contratar con una empresa que abarque la ejecución de dichas tareas desde su propia organización y bajo su estrecha supervisión. Fuera de las tareas señaladas como críticas, cabe la subcontratación.»

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre el carácter desproporcionado del criterio relativo a la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP.

El apartado 4.B) del Anexo I del PCAP relativo a los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, en lo que aquí interesa, dispone:

«(...) El empresario justificará su solvencia económica y financiera acreditando el cumplimiento de los siguientes requisitos específicos de solvencia:

Volumen anual de negocios: Acreditar una cifra anual de negocios en el ámbito de actividad a que se refiere el contrato de que se trate, en el mejor ejercicio dentro de los TRES últimos (o desde la fecha de inicio de actividad de la empresa si es menor) por importe igual o superior 341.583,72 euros.».

Como se ha expuesto la recurrente considera desproporcionado el requisito mínimo de solvencia económica establecido argumentado que, teniendo el contrato una duración de dos anualidades, el valor de solvencia económica mínima debería haberse obtenido a partir de la anualidad media del contrato, que arrojaría un importe igual o superior a 170.791,86 euros y no a los 341.583,72 euros previstos en el PCAP.

Pues bien, hay que subrayar que, en el supuesto enjuiciado, el valor del volumen de negocios mínimo anual exigido es igual a una vez y media el valor estimado del contrato, y por consiguiente se encuentra dentro de los parámetros previstos al efecto en el artículo 87 de la LCSP, en cuyo primer párrafo dispone: *«1. La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El órgano de contratación indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 336.».

El argumento de la recurrente trae causa, aunque en el recurso no se identifique el precepto cuyo contenido invoca, en la previsión contenida en el artículo el artículo 87.3 a) de la LCSP que establece que: *«(...) Para los contratos no sujetos al requisito de clasificación, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación los licitadores o candidatos que no dispongan de la clasificación que en su caso corresponda al contrato acreditarán su solvencia económica y financiera, técnica y profesional por los siguientes criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación:*

a) El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.»



En similares términos se pronuncia el en el artículo 11.4 del RGLCAP.

Sin embargo, la disposición contenida en los referidos preceptos, está prevista solo para los supuestos en los que los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para la acreditación de la solvencia económica y financiera, y dicho presupuesto de hecho no concurre en el presente asunto.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, en el presente supuesto no es de aplicación la previsión contenida en el artículo 87.3 a) de la LCSP para contratos de duración superior a un año, toda vez que los pliegos recurridos detallan los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y los medios que se admiten para su acreditación.

Por tanto, el requisito de solvencia económica contenido en el apartado 4.B) del Anexo I del PCAP, resulta ajustado a lo previsto en el artículo 87.1.a) LCSP, al no exceder de una vez y media el valor estimado del contrato, y, por consiguiente, al no existir infracción, se desestima este primer motivo del recurso.

2. Sobre la arbitrariedad del medio de acreditación de la solvencia técnica exigida.

La cuestión controvertida en este punto pivota sobre el requisito de solvencia técnica o profesional previsto en el apartado 4.C punto 1 del anexo I del PCAP en el que se establece lo siguiente:

«Experiencia profesional: El licitador ha de contar con experiencia en redacción de proyectos NEXT GENERATION DUS 5000 con un mínimo de 15 contratos, cuyos destinatarios sean administraciones públicas y se refieran a proyectos subvencionables de más de un millón de euros

Se aportará una Relación firmada por el representante legal de la empresa de los principales contratos de características similares al que es objeto de la licitación, ejecutados por el licitador en el año de mayor ejecución, de los TRES últimos ejercicios. Se entenderá por “contratos similares” aquellos contratos cuyos tres primeros dígitos del CPV coincidan con los del contrato que se licita.

Para acreditar este requisito deberán aportarse, junto a la relación anterior, certificados de buena ejecución expedidos o visados por el órgano competente, que deberán contener la siguiente información:

- *Identificación de la Administración pública a la que se le ha prestado el servicio.*
- *Identificación del objeto del contrato y su referencia a proyectos subvencionables NEXT GENERATION DUS 5000.*
- *Cuantía del proyecto subvencionable*
- *Que el contrato se ha ejecutado de forma correcta por el contratista.».*

La recurrente solicita la anulación del presente requisito de solvencia al considerar que el mismo vulnera los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad.

En tal sentido el artículo 74.2 de la LCSP establece que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Asimismo, conforme al artículo 132.1 de la citada norma, los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

La primera razón que esgrime la recurrente como vulneración de los citados preceptos es la falta de justificación del criterio de solvencia técnica recurrido. Al respecto interesa señalar que el artículo 116.4, entre otros preceptos de la LCSP, exige que en el expediente de contratación quede acreditada la justificación adecuada de



determinados aspectos, entre los que consta expresamente, los criterios de solvencia económica y financiera, y técnica y profesional.

Aunque la LCSP no concreta en qué tipo de documentos deben constar todas estas cuestiones, dado que en algunos casos habla en términos generales de la documentación del expediente, o simplemente del expediente lo que sí es claro es que, a través de ellos, se han de hacer efectivos los principios de transparencia y buena administración. Pues bien, en el presente expediente dicha justificación no obra ni en la memoria del contrato ni el clausulado del PCAP. La justificación se encuentra en el Decreto de rectificación del PCAP de 20 de marzo de 2024, por el que se modificó la fórmula para la valoración del precio ofertado prevista en el apartado 8 del PCAP. En el expósito segundo del Decreto se da respuesta a dos preguntas sobre el clausulado del PCAP, coincidente con el presente motivo de recurso.

Cabe señalar que dicho Decreto de rectificación fue objeto de publicidad en el perfil de contratante, y la cláusula 7 del PCAP dispone: *«Asimismo, se publicarán en el perfil del contratante las respuestas a las solicitudes de aclaración al PCAP o al resto de la documentación cuando en el Anexo I-apartado 5 se haya atribuido carácter vinculante a las mismas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 138.3 de la LCSP.»*

Por tanto, se ha de concluir que desde un punto de vista formal en el presente expediente obra justificación de la experiencia exigida como criterio de solvencia técnica o profesional, cuestión distinta es que las razones esgrimidas en el referido Decreto resulten suficiente para justificar la proporcionalidad de los requisitos de experiencias exigidos en el PCAP.

Sobre la proporcionalidad y la finalidad de los requisitos o criterios de solvencia técnica, ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en reiteradas ocasiones, así en la Resolución 382/2021, de 15 de octubre, se realizaron las siguientes consideraciones al respecto:

«La condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato regulado en el artículo 74.2 de la LCSP se trata de un concepto jurídico indeterminado, por lo que es preciso para conocer la admisibilidad del criterio concreto, determinar en cada supuesto si los parámetros establecidos en el PCAP y PPT son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad. Es decir, esta proporcionalidad viene dada por la relación existente entre lo exigido como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su volumen económico, pues una exigencia no proporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.»

A efectos de determinar la necesaria justificación de los requisitos denunciados por la recurrente, asimismo debe mencionarse la Resolución 58/2014, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón al apuntar que: “Como este Tribunal estableció en su Acuerdo 9/2014: «En el Derecho en general, y el ordenamiento jurídico de la contratación en particular, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, alude a la idoneidad de la solvencia o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales exigidos para la ejecución de un determinado contrato. Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica. El primero, exige que toda medida restrictiva del acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad e idoneidad de los concretos requisitos de solvencia, o del compromiso de



adscripción de medios personales o materiales, la necesidad de gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación del sector público, expresamente recogidos en el artículo 1 TRLCSP. El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada».

El considerando 83 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/C reflejaban ya esta previsión. Esta Directiva ya señalaba en el artículo 58 que:

“Los criterios de selección pueden referirse a: a) la habilitación para ejercer la actividad profesional; b) la solvencia económica y financiera; c) la capacidad técnica y profesional. Los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios contemplados en los apartados 2, 3 y 4 a los operadores económicos como requisitos de participación. Limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar. Todos los requisitos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él. (...) 5. Los poderes adjudicadores indicarán las condiciones exigidas para la participación, que podrán expresarse como niveles mínimos de capacidad, así como el medio de prueba adecuado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 2 de diciembre de 1999, en el asunto C-176/98, Holst Italia establecía ya que la finalidad de los criterios de selección fijados en las Directivas, (con relación a las antiguas directivas de contratación cuyo contenido ya recogía estas previsiones), era definir las reglas de apreciación objetiva de la capacidad de los licitadores permitiendo a estos justificar su capacidad mediante cualquier documento que las entidades adjudicadoras consideren apropiado. Advierte además que corresponde a la entidad adjudicadora, comprobar la aptitud de los prestadores de servicios con arreglo a los criterios enumerados. Los órganos de contratación deben asegurar que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones que puede fijar libremente el órgano de contratación deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios, entre los que se reconoce la libertad de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad. Este requisito de proporcionalidad no trata sino de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato.

La Resolución 122/2020, de 21 de mayo, de este Tribunal señala que “no hay que olvidar que, si bien el órgano de contratación ha de procurar la adecuada ejecución del contrato a través de adjudicatarios solventes, debe cuidar que la solvencia establecida no sea más de la necesaria para alcanzar ese objetivo, y ello a fin de preservar los principios de libre concurrencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación”.

En tal sentido, el artículo 74.2 de la LCSP se refiere a la proporcionalidad de los criterios de solvencia al disponer que “Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo” y es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resolución 205/2015, de 10 de junio) que “en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes. Es por ello, que el criterio de solvencia escogido por el órgano de contratación ha de estar vinculado al objeto y cuantía del contrato y ser razonablemente necesario para alcanzar el buen fin de éste, sin que tampoco pueda



confundirse la discriminación con el hecho de que no todo licitador pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido.»»

Al hilo de lo anteriormente apuntado, se ha de tomar como punto de partida la justificación dada a la experiencia exigida por el órgano de contratación en el citado Decreto de rectificación, y que se centra en las razones que a continuación se reproducen:

(i) *“Contar con una empresa con la suficiente garantía para proceder correctamente al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el pliego y que están directamente relacionadas con los objetivos subvencionables.”*

(ii) *“Con una experiencia tanto en el conocimiento de la normativa aplicable de estas subvenciones, como en la redacción de proyectos (memorias) que incluyen el conocimiento de los hitos y objetivos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.”*

(iii) *“En cuanto al mínimo de contratos exigidos (15) y el importe de dichos proyectos (un millón de euros), no entendemos (con todos los respetos), que sea un criterio desproporcionado. Como ya hemos indicado, se buscan empresas con dilatada experiencia en la presentación de proyectos subvencionables, que sean administraciones públicas como este Ayuntamiento (no se le aplica igualmente la normativa a una Administración pública que a otras entidades del sector público o privado, especialmente en materia de contratación y fiscalización) y con un conocimiento profundo de la normativa novedosa y extensa que regula este tipo de proyectos subvencionables.”*

(iv) *“En cuanto al importe de un millón de euros por proyecto, no debemos compararlo con el importe de la licitación, sino con el importe de la subvención otorgada a este ayuntamiento (2.361.127,84 e) y que supone un 50% menos de dicho importe.”*

Respecto a la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios el artículo 90.1 a) de la LCSP dispone que *“1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos (...).”

Pues bien, tal y como anteriormente se refirió, si bien el órgano de contratación goza de discrecionalidad para determinar los modos de acreditar la solvencia, esta discrecionalidad tiene un límite en la necesidad de que los criterios tengan relación con el objeto del contrato y sean proporcionales, de modo que no limiten la concurrencia. Analizadas las razones esgrimidas por el órgano de contratación para determinar los modos de acreditar la solvencia técnica exigida, a juicio de este Tribunal, las condiciones de exigencia técnica y profesional devienen excesivamente restrictivas e incompatibles con la proporcionalidad que le son exigibles y en especial con la salvaguarda de la libre competencia.

Así la motivación dada a la exigencia de acreditar un mínimo de quince contratos se limita a la necesidad de contar con una empresa *“con dilatada experiencia en la presentación de proyectos subvencionables”*, razón que en modo alguno justificaría la exigencia del elevado número de contratos requeridos.

Además, ello cobra especial relevancia, e incide en la arbitrariedad del requisito, si tenemos en cuenta que esos quince contratos han de tener por objetos la redacción de proyectos NEXT GENERATION DUS 5000. En tal sentido



asiste la razón a la recurrente al argumentar que hubiese sido pertinente añadir que dicha experiencia pudiera ser a otro programa equivalente de ayudas financiado por la Unión Europea.

Tal alegación tiene fundamento en las previsiones contenidas en el anteriormente citado artículo 90.1 a) de la LCSP que expresamente dispone respecto a los medios de acreditación de la solvencia: *“servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato”*. Por lo que referir el objeto del contrato sin la posibilidad de equivalencia deviene restrictivo y contrario a la previsión del artículo 90.1.a) de la LCSP.

En cuanto a la exigencia relativa a que los destinatarios del contrato sean administración pública, la justificación contenida en el citado Decreto incide en ello excluyendo expresamente los trabajos realizados *“entidades del sector público o privado”*. Al respecto ha de señalarse que el artículo 40.b) de la LCSP expresamente dispone entre las causas de anulabilidad de derecho administrativo *«Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directo o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.»*. Por consiguiente, el que se exija, como requisito inexcusable para poder participar en la licitación, el haber sido contratado previamente por una Administración para ejecutar los referidos contratos se opone legalmente el artículo 40.b) de la LCSP.

Por último y respecto a que los contratos *“se refieran a proyectos subvencionables de más de un millón de euros”*, la recurrente alega lo desproporcionado de la cifra exigida, pero lo cierto es que no concreta las razones ni los argumentos para rebatir la justificación dada por el órgano de contratación al respecto. Por lo que este Tribunal aprecia que el recurso, en este punto, adolece de falta de concreción y de la debida fundamentación o motivación con relación a la pretensión de anulación esgrimida. No pudiendo, este Tribunal, suplir a la recurrente en su deber de motivación del recurso construyendo una argumentación que solo corresponde a quien impugna una decisión del poder adjudicador. En nuestra Resolución 302/2020, de 10 de septiembre ya nos manifestamos al respecto afirmando que *«El artículo 51.1 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifiquen los motivos que lo fundamenten, puesto que el Tribunal no puede sustituir a la entidad recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares al presente, valga por todas la Resolución 304/2019, de 24 de septiembre»*.

Contrasta lo anterior con la explicación dada por el órgano de contratación en el Decreto de corrección en el que, sin que este Tribunal prejuzgue su legalidad, argumenta que el importe de un millón de euros por proyecto ha de ponerse en relación con el importe de la subvención otorgada al Ayuntamiento y no con el importe de la licitación.

Tras lo expuesto, este Tribunal concluye que en el caso que nos ocupa nos encontramos con un requisito de experiencia que exige haber realizado un número de quince contratos, que resultan excesivos, donde además se requiere que todos y cada uno de ellos tengan por objeto la redacción de proyectos NEXT GENERATION DUS 5000 y además limitados al ámbito de la Administración pública. Las referidas exigencias, que analizadas por separados resultan desproporcionadas, en concurrencia devienen del todo exorbitante, limitando de manera prácticamente insalvable las posibilidades de otras entidades del sector que podrían prestar perfectamente esos servicios, pero que se verían injustamente apartadas por la concurrencia de requisitos tan desproporcionado.

Por todo ello debe estimarse este motivo de recurso, conforme a las consideraciones realizadas, dado que los requisitos de experiencias que el apartado 4.C punto 1 del anexo I del PCAP contiene son contrarios a la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre entidades candidatas, y, sobre todo, el principio de proporcionalidad aludido en los artículos 1 y 132 de la LCSP y 4 de la Ley 40/2015, conforme al cual, la



Administración, al exigir requisitos para el desarrollo de una concreta actividad, deberá aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva.

3. Sobre las titulaciones académicas y profesionales exigidas.

El objeto de la presente controversia es el criterio de solvencia previsto en el apartado 4.C.2 del anexo I del PCAP, “Titulaciones académicas y profesionales”, en la que se dispone:

2. Titulaciones académicas y profesionales del personal técnico encargado directamente de la misma, mínimo exigido:

<i>Equipo profesional</i>	
<i>Director del Equipo</i>	<i>Titulación; 1 Arquitecto: Del equipo y responsable de los trabajos que cuente con al menos 5 años</i>
<i>Miembros del Equipo</i>	<ul style="list-style-type: none"> - <i>1 Arquitecto técnico/Graduado en Ciencia y tecnología de la Edificación con al menos 5 años de experiencia en la redacción de proyectos de ejecución y dirección de obras de nueva edificación, reforma y/o ampliación y en la coordinación y planificación de proyectos y obras de nueva edificación, ejecutadas o en ejecución que aislada o conjuntamente sumen 5.000.000 euros de Presupuesto de Ejecución por contrata (IVA excluido), debiendo ser una de ellas de al menos un importe de 2.000.000 euros de Presupuesto de Ejecución por contrata (IVA excluido)</i> - <i>1 Titulado superior en Ingeniería Industrial que cuente con al menos 5 años de experiencia en la redacción de proyectos de ejecución y dirección de obras de instalación.</i> - <i>1 Graduado/Licenciado/a en Derecho, con al menos 3 años de experiencia en asesoramiento a entidades públicas.</i> - <i>1 Licenciado/Graduado en Económicas, ADE o similar que cuente con al menos 5 años de experiencia.</i>
<i>Colaboradores</i>	<i>Deberán aportarse todos los medios personales necesarios para la elaboración de la documentación en el plazo de ejecución previsto (equipo redactor de apoyo)</i>
<i>Todos los técnicos requeridos para el Equipo profesional deberán tener la titulación habilitante para el ejercicio de la profesión regulada</i>	

La recurrente opone tres motivos frente a la referida cláusula del PCAP, que califica como desproporcionada y contraria a los principios de igualdad y no discriminación:

(i) A la titulación de arquitecto, requerida al director del equipo, argumentando que «*los Ingenieros Industriales están habilitados para el desempeño de todas las prestaciones a realizar recogidas en el Pliego técnico.*

(...).

No consta ni en la memoria justificativa ni en ningún otro documento la justificación de los criterios de acreditación de la solvencia técnica.».

(ii) En cuanto al requisito de experiencia del director del equipo en nueva edificación y en planificación de proyectos y obras de nueva edificación, se opone la recurrente argumentando que «*en el alcance de los trabajos a realizar recogidos en pliegos no se incluyen proyectos y obras de nueva edificación.*

No consta ni en la memoria justificativa ni en ningún otro documento la justificación de los criterios de acreditación de la solvencia técnica.».



(iii) Por último se opone a la exigencia de un «*Licenciado/Graduado en Económicas, ADE o similar que cuente con al menos 5 años de experiencia.*», considera que tal requisito carece de vinculación alguna con el objeto del contrato siendo desproporcionado exigir tener en plantilla determinada cantidad de trabajadores, o perfiles profesionales.

Por su parte el órgano de contratación en su informe alega respecto al presente motivo de recurso «*La elección de un Arquitecto director tiene su razón de ser en la ejecución de trabajos consistente en la rehabilitación de cubiertas de edificaciones con más de 25 años de antigüedad, para lo cual será necesario, no sólo la redacción del proyecto, sino también una dirección de obra que pueda detectar posibles deficiencias graves en los techos de las edificaciones antiguas y deterioradas. De ahí la cuestionada elección.*». Sin formular pronunciamiento alguno frente a las otras alegaciones que el presente motivo de recurso contiene.

Pues bien, en cuanto a la primera de las alegaciones formuladas relativa a la exigencia de que el director del equipo sea arquitecto, hemos de partir de la doctrina jurisprudencial sobre la materia, no sin antes advertir que el objeto del recurso especial se circunscribe a la materia contractual y que no es competencia específica de este Tribunal determinar el ámbito de actuación competencial de unos u otros profesionales.

Aclarado lo anterior, el criterio judicial en esta materia resulta determinante para resolver la cuestión. Así, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2009 (RJ 2009\2982) que afirma lo siguiente: "(...) *Con carácter general la jurisprudencia de esta Sala vienen manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues [...] la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido*".

El citado criterio jurisprudencial ha sido reiterado en sentencias posteriores como la núm. 732/2017, de 28 de abril (RJ 2017\2679), si bien como señala la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2021 - citada en la posterior de 23 de diciembre (JUR 2022\10468)- el principio de libertad con idoneidad para el ejercicio de la función ha de ser puesto en relación con el desempeño de la actividad concreta. En este sentido, manifiesta que «*Numerosas disposiciones, tanto a nivel estatal como autonómico, prevén el ejercicio de una potestad administrativa de intervención en esta materia -ya sea previa a la ocupación del inmueble o de inspección posterior del mismo-, que en muchas ocasiones requiere la colaboración técnica de ciertos profesionales, que actúan como expertos cualificados que posibilitan el ejercicio de la potestad administrativa. Ello se corresponde con aquellas previsiones que reservan el ejercicio de ciertas actividades profesionales a la obtención de una titulación académica para asegurarse de que tan solo puedan ejercerlas las personas que hayan acreditado disponer de una cualificación y titulación idónea para el desempeño de esta actividad profesional.*

En algunos casos, la norma reserva la ejecución de dichas actividades o la prestación de los servicios (trabajos de proyección, elaboración y ejecución) a unos profesionales con una titulación determinada, este es el caso de los arts. 10.2.a), 12.3.a) y 13.2.a) de la Ley de Ordenación de la Edificación. En otras ocasiones, la norma prevé que su ejercicio le corresponda a los "facultativos competentes" (este es el caso previsto en art. 34 apartados 2 y 3 de la Ley 3/2004, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación de la Comunidad Valenciana), esto es, a aquellos



que por razón de su preparación y competencia tengan los conocimientos y la cualificación técnica necesaria para desarrollar dicha actividad de forma fiable.

En ambos casos, es la norma la que restringe el ejercicio de una actividad a determinados profesionales, limitando en consecuencia el libre ejercicio de dicha prestación a otros colectivos. (...)

Los posteriores actos administrativos, que en cumplimiento de estas previsiones requieren la intervención del profesional competente, no están obligados a motivar las razones de interés general, necesidad y proporcionalidad de dicha exigencia. La norma que estableció la necesaria intervención administrativa y la reserva de una actividad a unos titulados ya ponderó tales razones de interés general y la proporcionalidad de su implantación.

Esto mismo resulta aplicable cuando la norma reserva una actividad al "facultativo competente", pues si bien en estos casos no se ha especificado los profesionales llamados a ejercerla, si ha querido restringir el ejercicio de dicha actividad o prestación a los profesionales que estén cualificados para desarrollarla. La concreta determinación de quien es el profesional capacitado para ejercerla entraña un juicio de idoneidad que ha de concretarse tomando en consideración la capacitación que confiere una determinada titulación y la actividad que ha de ejercerse.

Ello engarza con la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en relación con las competencias de las profesiones tituladas, en la que se ha defendido la prevalencia del principio de "libertad de acceso con idoneidad" sobre el de exclusividad y monopolio competencial, pero en la que se ha destacado que la exigencia de idoneidad para el ejercicio de la función ha de ser puesta en relación con el desempeño de la actividad concreta».

Se colige, pues, que en el ámbito de las profesiones tituladas prevalece el principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad, salvo los casos en que exista reserva legal a favor de alguna de aquellas y sin perjuicio de que dicha idoneidad deba ponerse en relación con la actividad concreta a desempeñar, sin que quede acreditado en el expediente la concreta reserva legal que justificaría la exclusividad de la titulación a Arquitecto.

Además, y en cuanto a los requisitos de los perfiles que configura el equipo profesional cabe señalar, como ya se citó en el anterior motivo de recurso, que los criterios de solvencia técnica o profesional, de conformidad con el artículo 116.4 c) de la LCSP, han de constar adecuadamente justificados en el expediente.

En este sentido, la obligación de justificar los elementos que señala el 116.4 LCSP descansa en la finalidad última de conocer la expresión de las motivaciones que justifican el diseño de los elementos esenciales de la contratación, de tal modo que esa motivación resulta necesaria porque en definitiva estamos ante un acto administrativo en el que, existiendo cierto margen de discrecionalidad, la seguridad jurídica exige motivación como un elemento necesario para, entre otras razones, ejercitar la función revisora de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Procede, pues, constatar si en el supuesto examinado figura esa justificación en el expediente de contratación o, por el contrario, como sostiene la recurrente, la misma no se ha llevado a cabo.

Pues bien, en cuanto a la justificación contenida en el expediente respecto al equipo profesional, analizada la documentación obrante en el expediente remitido, se ha podido constatar la siguiente motivación acerca de las titulaciones exigidas que se contienen en la memoria justificativa del contrato:

“La Redacción de Proyecto, así como Dirección de Obra, Dirección de Ejecución de las Obras y la Coordinación de Seguridad y Salud en obra, serán realizadas por técnicos competentes en la materia y con atribuciones profesionales para ello de acuerdo con la Ley de Ordenación de la Edificación y demás normativa de aplicación.



Los trabajos de Asistencia técnico-jurídica para la adecuación de Ordenanzas Municipales y justificación de las inversiones serán realizados por profesionales en consonancia con el requisito a cumplir. Se necesitarán Arquitectos para la justificación de los parámetros técnicos de la inversión, Financieros para los aspectos económicos y Licenciados en Derecho para la justificación y otros aspectos legales”.

Por su parte, la cláusula 2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), “Objeto del contrato”, establece respecto a las titulaciones exigidas que: *«Los trabajos de Asistencia técnico-jurídica para la justificación de las inversiones serán realizados por profesionales en consonancia con el requisito a justificar. Se necesitarán Arquitectos para la justificación de los parámetros técnicos de la inversión, Financieros para los aspectos económicos y Licenciados en Derecho para la justificación de los aspectos legales.».*

Analizada la motivación que el expediente contiene, a juicio de este Tribunal, la misma no resulta justificación suficiente para las exigencias contenidas en la referida cláusula del PCAP y relativas a que el director del equipo cuente con la titulación de arquitecto y experiencia en nueva edificación y en planificación de proyectos y obras de nueva edificación. E igualmente no queda suficientemente justificado la exigencia de contar en el equipo con un *«Licenciado/Graduado en Económicas, ADE o similar que cuente con al menos 5 años de experiencia.».*

La potestad discrecional se halla condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del derecho administrativo, entre los que figura la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y, sobre todo, el principio de proporcionalidad previsto en el ya citado artículo 4 de la Ley 40/2015, conforme al cual, en las exigencias para la mejor decisión conforme a las pautas ya dichas, el Ayuntamiento debe elegir la medida menos restrictiva, y motivar su necesidad para la protección del interés público, algo que no ha quedado suficientemente justificado en el expediente. Por lo que procede estimar este tercer motivo de recurso.

4. Sobre la regulación sobre subcontratación contenida en el PCAP.

El motivo de impugnación versa sobre las limitaciones a la subcontratación contenida en el PCAP, concretamente en el apartado 4.E y en el apartado 10 del anexo I del PCAP, en los que se dispone lo siguiente:

«4.E. TRABAJOS QUE SE EXIGE SEAN EJECUTADOS DIRECTAMENTE POR EL LICITADOR

Partes o trabajos que deben ser ejecutados directamente por la propia persona licitadora o por un participante de una unión de empresarios: Sí

Tarea crítica 1: Redacción de proyecto

Tarea crítica 2: Dirección de Obra

Tarea crítica 3: Justificación de la subvención.».

«10. SUBCONTRATACIÓN

Determinadas partes o trabajos deberán ser ejecutadas directamente por la persona contratista o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma: Sí.

-Redacción de Proyecto

-Dirección de Obras

-Justificación de la Subvención.».

Pues bien, para resolver la controversia, es preciso reproducir el artículo 215 letra e) de la LCSP establece lo siguiente:



«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 pueden ser objeto de subcontratación, debiendo ser ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación».

En el citado artículo, se prevé la posibilidad de limitar la subcontratación en el PCAP, sin embargo, dicha limitación requiere que la parte que se limite sea una tarea crítica y que la determinación de dicha tarea o tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

En este sentido, examinada la documentación obrante en el expediente remitido se ha podido comprobar que ni en la memoria justificativa del expediente de contratación ni en el clausulado del PCAP, consta justificación alguna de las tareas críticas en la que se fundamente la prohibición de subcontratación.

Procede, por tanto, la estimación de este último motivo de recurso.

SÉPTIMO. - Efectos de la estimación parcial.

La corrección de las infracciones legales cometidas debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en el fundamento anterior, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EFICIENCIA Y SOSTENIBILIDAD INTEGRADA SOCIEDAD LIMITADA** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Redacción de Proyecto, Dirección de Obras, Coordinación de Seguridad y Salud y Asistencia Técnica Para Justificación de Inversiones, de las Obras de Proyecto Integral de Energía Limpia en el Municipio de Balanegra Medidas 1, 3 y 5, dentro del PRTR”, (Expte. 236/2024), convocado por el Ayuntamiento de Balanegra (Almería) y, en consecuencia, anular el pliego de cláusulas administrativas particulares para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto y séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de licitación adoptada por este Tribunal mediante Resolución MC. 40/2024, de 5 de abril.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.



NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

