



EB 2023/145

Resolución 147/2023, de 27 de julio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO contra el anuncio de licitación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del “Contrato de Asistencia técnica para la redacción del Proyecto de ejecución y la dirección facultativa de la obra de la rehabilitación y reforma del Convento de Santa Clara de Zarautz”, tramitado por el Ayuntamiento de Zarautz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de julio de 2023, se interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO (en adelante, COAVN) contra la adjudicación del “Contrato de Asistencia técnica para la redacción del Proyecto de ejecución y la dirección facultativa de la obra de la rehabilitación y reforma del Convento de Santa Clara de Zarautz”, tramitado por el Ayuntamiento de Zarautz.

SEGUNDO: El día 13 de julio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en





adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió en el OARC / KEAO el día 17 de julio.

TERCERO: No constan en el expediente interesados distintos del recurrente y del poder adjudicador.

CUARTO: El presente procedimiento de recurso es de tramitación urgente y preferente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.2 del Real Decreto–ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.M.G-P. A. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Zarautz tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) Los pliegos impugnados establecen, como requisito de solvencia y como criterio de adjudicación, la participación en la consecución de subvenciones y ayudas públicas para la rehabilitación energética de la persona responsable de la redacción del proyecto, coordinadora del equipo y de la dirección de obra. A juicio del recurrente, las citadas cláusulas carecen de vinculación con el objeto del contrato, son desproporcionadas y restrictivas de la competencia y otorgan ventaja a quienes hayan trabajado previamente con la Administración, por lo que es de aplicación el artículo 40 b) LCSP.
- b) Finalmente, se solicita que se ordene la modificación de los pliegos y que se anule la convocatoria, iniciando otra nueva que recoja los criterios expuestos en el recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:



a) En el marco jurídico de la licitación se incluye la Orden TMA/178/2022, de 28 de febrero, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas para la rehabilitación de edificios de titularidad pública y la convocatoria para la presentación de solicitudes por el procedimiento de concurrencia competitiva en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, PRTR (en adelante “Orden TMA / 178/ 2022”); en el objeto de esta convocatoria se incluye la necesidad de cumplir “los principales requisitos exigidos por la Comisión Europea: la finalización de las obras en los plazos previstos, el ahorro energético comprometido, y el cumplimiento de la política de gestión de residuos y reutilización”.

b) Para alcanzar el objetivo señalado en el apartado a) anterior, entre los criterios de adjudicación se han introducido aspectos como la planificación temporal de la actuación y la metodología de trabajo propuesta o la innovación energética. Por otro lado, en la documentación aportada para obtener la subvención recogida en la Orden TMA 178/2022, se planteó que en el equipo técnico que se exigiría se incluiría un arquitecto responsable experto en rehabilitación energética con experiencia acreditada en “Realización en calidad de arquitecto responsable de equipo trabajos subvencionados por programas públicos (IDEA, EVE, etc.)”.

c) La Orden TMA 178/2022 establece, como requisitos de las actuaciones subvencionadas, su finalización para el 31/3/2026, y la complejidad técnica (rehabilitación energética de un edificio catalogado), económica (riesgo de pérdida de una subvención de tres millones de euros) y sometida a los requisitos de la convocatoria sirve para justificar los fundamentos del contrato impugnado.

d) Los importes de los programas de ayudas y subvenciones a los que hacen referencia los pliegos son muy grandes y sus destinatarios pueden ser personas físicas o jurídicas de naturaleza privada o pública y comunidades de propietarios.

e) Dada la naturaleza de la licitación, se ha estimado necesario establecer como criterios de solvencia y adjudicación la experiencia en la gestión de ayudas y subvenciones públicas para la rehabilitación energética. Estos requisitos



incluyen los trabajos prestados para el sector privado, por lo que no hay ventaja para quienes hayan trabajado previamente para la Administración.

f) Se alega que los requisitos son proporcionados al presupuesto de la obra y a la subvención otorgada; además, el alcance de los trabajos incluye lo establecido en la Ley de Ordenación de la Edificación, la LCSP, los pliegos y la Orden TMA 178/2022.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente solicita la anulación de los requisitos de solvencia y de los criterios de adjudicación referidos a la participación en la consecución de subvenciones y ayudas públicas en rehabilitación energética. El recurso no concreta expresamente cuáles son las cláusulas cuya anulación pretende y literalmente solicita que se “anule la convocatoria, dictando otra nueva que recoja los criterios expuestos en este escrito”. Sin embargo, el último párrafo de la página 9 del recurso establece que “En definitiva, en el caso que nos ocupa se requiere tanto como criterio de solvencia como de adjudicación experiencia en consecución de subvenciones y ayudas públicas para la rehabilitación energética, aspecto que figura fuera del objeto de contrato, restringe la competencia y podría dar ventaja a quien realice su actividad en el ámbito público”. Por ello, este Órgano estima que las cláusulas impugnadas son las siguientes:

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

11. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

(...)

11.1 CRITERIO EVALUABLE MEDIANTE FÓRMULA: PUNTUACIÓN MÁXIMA DE 65 PUNTOS (a incluir en el archivo electrónico c)

(...)

11.1.2.1 Se valorarán las prestaciones adicionales del equipo mínimo (hasta 20 puntos)



a) Persona responsable de la redacción del proyecto, coordinadora del equipo y de la dirección de obra.

- (...)
- Sobre el mínimo exigido como solvencia técnica de participación en la consecución de subvenciones y ayudas públicas en rehabilitación energética:
- 1 punto por cada 1.500.000 euros de PEC acreditados en los últimos 5 años, hasta un máximo de 4 puntos.

14. ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

(...)

e.2.) Solvencia técnica

Será requisito mínimo adscribir a la ejecución del contrato, como mínimo, los siguientes medios humanos que tendrán el carácter de obligación contractual esencial a los efectos previstos en el artículo 211. f) de la LCSP, siendo por tanto el incumplimiento del mismo causa de resolución del contrato, a voluntad de administración contratante.

a) Persona responsable de la redacción del proyecto, coordinadora del equipo y de la dirección de obra

(este perfil de persona coordinadora podrá ser asumido y por tanto compatible con otro perfil del equipo mínimo)

Perfil

Titulación: Arquitectura

Persona experta actuaciones de rehabilitación energética de edificios y gestión de subvenciones para rehabilitaciones energéticas de edificios existentes.

Experiencia mínima:

(...)

También deberá acreditar la participación en la consecución de subvenciones y ayudas públicas para la rehabilitación energética en los últimos 5 años, por un montante global a fondo perdido, de 8.000.000, 00 €



A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, en los siguientes epígrafes se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre la discriminación por otorgar ventaja a los operadores económicos que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

Previamente a la revisión de la legalidad de cada una de las dos estipulaciones impugnadas (un criterio de solvencia y un criterio de adjudicación), debe analizarse la alegación del recurrente, común a ambas, de estar incursas en la causa de anulabilidad prevista en el artículo 40 b) LCSP porque otorgan ventaja a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración. A juicio de este Órgano, esta alegación debe desestimarse. Como bien indica el poder adjudicador, las citadas cláusulas no especifican que la experiencia previa a la que se refieren deba haberse obtenido necesariamente con trabajos contratados por clientes del sector público; consecuentemente, se consideran también aceptables los servicios prestados a empresas o particulares, por lo que no existe la discriminación alegada. A estos efectos, es indiferente que se requiera experiencia en “la consecución de subvenciones y ayudas públicas”, pues ello implica un servicio prestado al beneficiario de la subvención o ayuda (sea público o privado), pero no hay relación contractual alguna con la entidad que la concede, por lo que no cabe invocar el artículo 40 LCSP.

b) Sobre el requisito de solvencia técnica consistente en la participación en la consecución de subvenciones y ayudas públicas para la rehabilitación energética

El requisito de solvencia técnica impugnado se refiere a la participación en la consecución de subvenciones y ayudas públicas para la rehabilitación energética. Debe señalarse que el artículo 74.2 LCSP establece, en síntesis y por lo que afecta al caso, que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditarlos han de estar



vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Teniendo en cuenta especialmente esta premisa, este Órgano observa lo siguiente:

- 1) El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que rige el contrato establece varias obligaciones del adjudicatario relativas a la justificación de la obra objeto de los servicios contratados a los efectos de la Orden TMA/178/2022. Es el caso de las páginas 6 (seguimiento de la obra y justificación según la Orden TMA/178/2022 como actividad incluida en el contrato), 16 (elaboración de la documentación necesaria según la Orden TMA 178/2022 en la fase de redacción del proyecto de ejecución), 18 y 23 (la misma obligación en la fase de Dirección y ejecución de obra), 24 (control de la eficiencia energética de la obra teniendo en cuenta la Orden TMA/178/2022) y 26 y 27 (elaboración tras la recepción de la obra de la documentación justificativa establecida en la Orden TMA/178/2022, incluyendo la certificación energética, la memoria final de obra y objetivos alcanzados y los formularios de autoevaluación y evaluación del principio DNSH, así como el cumplimiento del artículo 15.2 q) de la citada Orden, referido a la identificación de contratistas y subcontratistas y su acreditación en el censo de la administración tributaria competente). Consecuentemente, parece claro que no puede dudarse de la vinculación del criterio con el objeto del contrato.
- 2) Por el contrario, este Órgano estima, por las razones que se exponen a continuación, que el criterio de solvencia recurrido es desproporcionado:
 - Si bien el contrato impone al adjudicatario obligaciones contractuales relacionadas con la Orden TMA 178/2022 se trata, en su inmensa mayoría, de actuaciones propias de los facultativos que proyectan o dirigen cualquier obra en la que es especialmente relevante la rehabilitación energética y que, en cualquier caso, se relacionan con sus funciones profesionales típicas; ese es el caso, por ejemplo, del control de la eficiencia energética de la ejecución de la obra o de la elaboración de la certificación energética. No parece que ninguna de



estas actuaciones requiera de experiencia en la “participación en la consecución de subvenciones y ayudas públicas para la rehabilitación energética”. Téngase en cuenta que, en definitiva, lo relevante para gestionar y justificar la ayuda es la correcta ejecución de la rehabilitación energética, para lo que no es importante la experiencia en la “consecución de subvenciones” (de hecho, según consta en el expediente la subvención está concedida), sino la experiencia en servicios similares al contratado, fueran o no subvencionadas las obras correspondientes, requisito de solvencia que, por cierto, ya se solicita en los pliegos de este contrato.

- Tampoco se puede considerar que las obligaciones formales de acreditación de la actividad subvencionada que recaen sobre el adjudicatario (como, por ejemplo, la memoria final de objetivos, el listado de contratistas o subcontratistas o la declaración sobre el principio DNSH) requieran de destrezas técnicas distintas de las que con carácter general se adquieren con la experiencia en la proyección y dirección de obras de rehabilitación energética; mucho menos se puede decir que para cumplir con dichas obligaciones sea precisa la experiencia en “consecución de subvenciones”.
- Por todo ello, el criterio impugnado excede del mínimo exigible para garantizar que el adjudicatario dispone de la solvencia técnica correspondiente a la prestación y debe considerarse desproporcionado porque impide el acceso al procedimiento de adjudicación del contrato a operadores económicos capacitados para ejecutarlo.

c) Sobre el criterio de adjudicación

El recurrente impugna un criterio de adjudicación que, en síntesis, otorga puntuación adicional a las ofertas que superen la experiencia mínima requerida como solvencia técnica en la cláusula analizada en el apartado b) anterior, que



debe anularse. Dado que el criterio de adjudicación incluye una fórmula de cálculo de la puntuación que tiene como componente un elemento de una estipulación que ya no figura en los pliegos, deviene inaplicable y debe igualmente anularse, sin que sea necesario que este OARC / KEAO emita ningún otro juicio sobre su legalidad.

d) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) a c) anteriores, el recurso debe estimarse, anulándose las siguientes cláusulas del PCAP:

- Cláusula 11.1.2.1, desde “sobre el mínimo exigido como solvencia técnica de participación en la consecución de subvenciones...” hasta “...un máximo de 4 puntos.”
- Cláusula 14 e) 2 a), desde “También deberá acreditar la participación en la consecución de subvenciones...” hasta “...8.000.000,00 €”.

La anulación de criterios de solvencia o de adjudicación supone la cancelación del procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, las Resoluciones 6 y 102/2023 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ellas se cita).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO contra el anuncio de licitación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y el



pliego de prescripciones técnicas del “Contrato de Asistencia técnica para la redacción del Proyecto de ejecución y la dirección facultativa de la obra de la rehabilitación y reforma del Convento de Santa Clara de Zarautz” con el alcance expresado en la letra d) del Fundamento de Derecho octavo de la presente Resolución y cancelando el procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko uztailaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de julio de 2023