

Recurso 184/2024
Resolución 217/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 7 de junio de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VALDEMAR INGENIEROS, INSTALACIONES Y OBRAS, SOCIEDAD DE INTERMEDIACIÓN S.L.**, contra la resolución de adjudicación de 3 de mayo de 2024, en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Redacción de proyecto básico y de ejecución y dirección facultativa de la obra de rehabilitación energética, reforma y reparaciones del edificio administrativo en calle Hermanos Machado n.º 4, Almería» (Expediente CONTR 2023 0001008357), convocado por la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de diciembre de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho día los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante. El valor estimado del contrato asciende a 1.009.426,06 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.

La mesa de contratación, en sesión celebrada el día 14 de febrero de 2024, procede a la valoración de los criterios de adjudicación y propone como oferta económicamente más ventajosa la formulada por la entidad **AYESA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.A.U.** (en adelante la entidad propuesta como adjudicataria). El acta de la citada sesión de la mesa de contratación fue publicada en el perfil de contratante el 16 de febrero de 2024.

SEGUNDO. El 21 de febrero de 2024 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, a través del formulario de presentación general de la Junta de Andalucía, un primer escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra la citada valoración de los criterios de adjudicación efectuada por la

mesa de contratación. En el escrito de recurso se solicitaba entre otras cuestiones que se suspendiera el procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Mediante la Resolución 88/2024, de 23 de febrero se inadmitió el recurso seguido con el número 74/2024, dado que el acto recurrido era la valoración de las ofertas, en concreto de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas, adoptado por la mesa de contratación. Por lo que había de determinarse si era o no susceptible de recurso especial, conforme a lo previsto en el artículo 44.2 de la LCSP, esto es, si es posible o no considerarlo como un acto de trámite cualificado.

Sobre lo anterior, el artículo 44.2 b) de la LCSP, con relación al acto de valoración de la oferta realizado contenido en el acta de la mesa de contratación en sesión celebrada el 14 de febrero de 2024, no era un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, dado que no concurre en el mismo ninguna de las circunstancias del artículo 44.2 b) para alcanzar el carácter de cualificado, pues no determina la imposibilidad de la recurrente de continuar en la licitación, ni le causa un perjuicio irreparable, ni decide sobre la adjudicación, sino que el supuesto defecto de tramitación, esto es la valoración de las ofertas, podría ser alegado, en su caso, al recurrir el acto de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.3 de la LCSP.

Por tanto, según lo dispuesto en el artículo 55.c) de la LCSP, al haberse interpuesto el recurso contra un acto no susceptible de impugnación independiente, según lo previsto en el artículo 44, procedía acordar la inadmisión del mismo por tal causa, lo que hacía innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión e impedía entrar a conocer los motivos de fondo en que el mismo se ampara, así como sobre la medida cautelar solicitada.

CUARTO. El 16 de mayo tiene entrada en el Registro de Tribunal recurso especial en materia de contratación, contra la resolución, de 3 de mayo de 2024, de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 16 de mayo de 2024, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Asimismo, y dado que constaban los interesados del procedimiento como consecuencia de un recurso anterior que fue tramitado con el número 74/2024, a efectos de la mayor celeridad, y sin esperar a recibir el listado de licitadores del órgano de contratación se tomaron como interesados los de aquel recurso, dándose plazo de alegaciones con fecha 17 de mayo de 2024, conforme al art. 56 LCSP. Estos interesados han resultado ser los mismos que los remitidos por el órgano que tiene delegadas las competencias en materia de contratación, el día 21 de mayo de 2024. Ese mismo día se recibió el expediente del órgano de contratación, y el informe al recurso especial.

Respecto de este último documento, se suscribía por el órgano proponente del contrato, la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos de la Junta de Andalucía, que no es el órgano de contratación que tiene delegadas las competencias de la persona titular de la Consejería. En efecto, el artículo 26.2 i) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, reconoce la competencia a favor de la persona titular de la Consejería. La Orden de 27 de noviembre de 2023, por la que se delegan competencias en órganos directivos de la Consejería y de sus entidades instrumentales (BOJA 232, de 4 de diciembre de 2023), es un instrumento que altera el ejercicio de la competencia, y siendo ésta irrenunciable, debe ser interpretada restrictivamente. Dicha Orden no expresa entre las competencias delegadas de la Dirección General de Patrimonio ninguna como órgano de contratación a efectos de su ejercicio. No obstante, no ha sido objeto de requerimiento de subsanación dado que la remisión del informe se ha realizado por el Servicio de Contratación de la Secretaría General Técnica que sí tiene delegadas algunas competencias en materia de contratación. En este sentido el oficio de remisión remitido por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos señala:



“(…). La documentación que se remite es la siguiente:

1. Expediente de contratación con la documentación acaecida con posterioridad a la remisión de los documentos remitidos para la tramitación del recurso 126/2024 sobre este mismo expediente, acompañado de un índice de la documentación que lo conforma, así como diligencia de autenticación del mismo.
2. Listado de empresas licitadoras.
3. Informe del órgano de contratación”.

Pues bien, en puridad el informe no es el del órgano de contratación conforme al artículo 56.2 LCSP, no obstante, estimamos que el oficio de remisión supone hacer suyo el informe emitido por la titular de la D. G. de Patrimonio, órgano no competente en materia de contratación según dicha Orden de delegación de competencias.

QUINTO. Transcurrido el plazo para formular alegaciones, conforme al artículo 56.3 de la LCSP, por los interesados sobre el fondo del asunto sin que se haya recibido ninguna, se procedió de conformidad con el citado artículo 56 apartado 4, a la apertura de oficio por este Tribunal de un periodo probatorio de hasta 10 días hábiles, ante la controversia que presentaba el fondo del asunto, el día 24 de mayo de 2024, solicitando informe técnico a la Secretaría General de Energía de la Consejería de Política Industrial y Energía sobre la capacitación de un técnico propuesto por la entidad recurrente a los efectos de valorarlo como auditor energético en los términos expuestos en el pliego.

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.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación.

La entidad recurrente ha obtenido con su oferta la cuarta posición en la licitación, no obstante, funda su legitimación en que sí se le otorgaren los 10 puntos que reclama como resultado de cumplir con los requisitos, a efectos de resultar merecedor de la puntuación del criterio de adjudicación controvertido resultaría ser el adjudicatario del contrato. Es decir, cumpliría con lo dispuesto en el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos, y promoción de la eficiencia del suministro de energía.

TERCERO. Acto recurrible.

Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.



El objeto de licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartado 1.a) de la LCSP. Es una resolución de adjudicación por lo que es susceptible de recurso especial, conforme al artículo 44 apartado 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, financiado con Fondos NEXT (MRR- NextGenerationEU), con una tasa de cofinanciación del 76 %, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, conforme dispone el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al establecer que tendrán carácter preferente siempre que *“se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos”*.

QUINTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en los artículos 50.1 d) de la LCSP y 58 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.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

El recurso se dirige contra la valoración realizada por la mesa de contratación y que se recoge en la resolución de adjudicación, al no habersele otorgado la calificación de 10 puntos que corresponden a su capacitación de *“Auditor Energético en Industria y Edificación”*.

Señala que está sobradamente cualificada y resulta acreditada la misma, por el solo hecho de su titulación y colegiación, en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía. Y más concretamente, aún de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del real decreto citado.

Alega el certificado emitido por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Andalucía Occidental, según el cual, por supuesto que sí se reúnen sobradamente los requisitos para el ejercicio de la actividad profesional de *“auditor energético”*. Presenta ahora determinados documentos a efectos de acreditar dichos requisitos:

“(i) Certificado del colegio profesional, documento 4 (ii) certificado de colegiación con atribuciones, documento 5, (iii) y a título ilustrativo, el mencionado RD 56/2016, de 12 de febrero, documento 6”.

Alega a su vez que el ingeniero propuesto *“está plenamente facultado y reúne la capacitación técnica necesaria y requisitos establecidos en el artículo 7 del citado RD para el ejercicio de la actividad profesional de proveedor de servicios energéticos y (ii) más concluyente aún, Valdemar y la persona física, están convenientemente registrados*



en el Listado de Proveedores de Servicios Energéticos del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, IDAE (documento 7)”

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe al recurso resulta firmado por la Dirección General de Patrimonio, como órgano proponente del contrato.

Señala en su informe que la entidad recurrente presentó en el sobre n.º 3, además de su proposición económica, un certificado de “Auditor Energético en Edificación”. Expresa que es el documento n.º 55 del índice de documentos aportados. Explica el órgano de contratación que se trata de un certificado expedido por una entidad de certificación no acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) ni por ninguna otra entidad especificada en el pliego de cláusulas administrativas particulares, hecho por el cual la mesa de contratación acordó no otorgar a la licitadora los 10 puntos correspondientes a dicho criterio de adjudicación.

Reconoce el informe que conoce las alegaciones realizadas por parte de la entidad recurrente en la que ésta firma que la persona propuesta para ser auditor energético está cualificada y acreditada, por el hecho de su titulación y colegiación, en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía, y más concretamente aún de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Real Decreto citado. Igualmente reconoce que han examinado el certificado emitido por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Andalucía Occidental en el que se indica que la persona propuesta reúne los requisitos para el ejercicio de la actividad profesional de “auditor energético”.

A pesar de ello, el órgano de contratación expresa que el artículo 139. 1 de la LCSP supone que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Expresa que, por ello y de acuerdo con el Anexo I apartado 8 (2. Auditor Energético en Industria y Edificación) del PCAP solo se otorgan 10 puntos en caso que algún miembro del Equipo Profesional tenga el título de Auditor Energético en Industria y Edificación, lo que se deberá justificar mediante certificado emitido por entidad de certificación acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) o en su caso por Organismo Nacional de Acreditación de otro Estado miembro de la Unión Europea o por Organismo Nacional de Acreditación firmante de los Acuerdos Multilaterales de Reconocimiento (MLA) establecidos en los foros internacionales de acreditadores: European Cooperation for Accreditation (EA), ILAC (International Laboratory Accreditation Cooperation) e IAF (International Accreditation Forum).

Además, arguye que idéntico contenido se detalla respecto a la documentación requerida para valorar este criterio de adjudicación en el Anexo IX del PCAP.

Al respecto no realiza argumentos que contrarresten las alegaciones de la entidad recurrente, fundadas en que a su entender la documentación presentada, si bien no es la certificación emitida por una entidad de certificación acreditada por ENAC, sí acreditaría poder realizar las auditorías energéticas.

El órgano proponente del contrato argumenta la decisión de no valorar lo aportado por la entidad recurrente en cuestiones formales procedimentales. Expresa además que durante el periodo de presentación de proposiciones



se realizó una consulta por una potencial licitadora, de la que resultaría concretar las prescripciones técnicas sobre uno de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas. En concreto, al que se refiere al punto 2, “Auditor Energético en Industria y Edificación”. Se preguntaba en esa consulta si era válido un certificado CEM (Certified Energy Manager) está acreditada por ENAC en el campo de Auditor Energético. Se le respondió lo siguiente: *“El pliego de cláusulas administrativas particulares establece como criterio de adjudicación valorado mediante la aplicación de fórmulas otorgar 10 puntos en caso de que algún miembro del Equipo Profesional tenga el título de Auditor Energético en Industria y Edificación, siempre que se justifique mediante certificado expedido por entidad de certificación acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), o en su caso por Organismo Nacional de Acreditación de otro Estado miembro de la Unión Europea o por Organismo Nacional de Acreditación firmante de los Acuerdos Multilaterales de Reconocimiento (MLA) establecidos en los foros internacionales de acreditadores: European Cooperation for Accreditation (EA), ILAC (International Laboratory Accreditation Cooperation) e IAF (International Accreditation Forum). Por ello, las empresas licitadoras deberán aportar la certificación correspondiente y su acreditación por la ENAC u organismo similar.”*

Concluye que de conformidad con el artículo 138.3 in fine LCSP *“en los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación”*.

Explica que al carecer la entidad emisora del certificado presentado para la valoración de este criterio de adjudicación de la acreditación por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) ni por ninguna otra entidad especificada en el PCAP, *“no procedía otorgarle los 10 puntos correspondientes, de otra forma se habría quebrantado el principio de igualdad y de concurrencia en el procedimiento respecto a las licitadoras que sí han presentado el certificado cumpliendo con los requisitos exigidos al mismo, e incluso con otras empresas que no han licitado por carecer de un certificado de estas características”*.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal: sobre el fondo del asunto.

1. Sobre la interpretación del criterio de adjudicación, de conformidad con la justificación existente en el expediente de contratación y con relación al artículo 128 de la LCSP.

Con relación al fondo del asunto, la cuestión estriba en determinar el alcance de la cláusula del pliego, en concreto del Anexo I apartado 8) punto 2. Auditor Energético en Industria y Edificación del PCAP. Este apartado señala que se otorgarán 10 puntos solo en el caso de que algún miembro del equipo profesional tenga el título de Auditor Energético en Industria y Edificación, lo que se deberá justificar mediante certificado emitido por una entidad de certificación acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) o en su caso por un organismo nacional de acreditación de otro estado miembro de la Unión Europea o por un organismo nacional de acreditación firmante de los Acuerdos Multilaterales de Reconocimiento (MLA) establecidos en los foros internacionales de acreditadores: European Cooperation for Accreditation (EA), ILAC (International Laboratory Accreditation Cooperation) e IAF (International Accreditation Forum). Idéntico contenido se detalla en el Anexo IX del PCAP.

El informe al recurso realizado por el órgano proponente del contrato no entra en determinar el motivo por el que el certificado del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales, presentado por la entidad recurrente no cumpliría con dicho criterio. El motivo único es aparentemente formal, es decir, por no encontrarse dentro de las entidades expresadas en el Anexo I apartado 8) punto 2, es decir por carecer la entidad emisora del certificado presentado



para la valoración de este criterio de adjudicación de la acreditación por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC).

Debemos partir del precepto que fundamenta la exigencia de dicho certificado, y que ni la memoria de 26 de octubre de 2023, ni el primer informe al recurso emitido por la Dirección General de Patrimonio abordan. La exigencia de dicha certificación tiene su origen en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (EDL 2014/35497), sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (EDL 2004/44276), traspuesta en nuestra normativa interna por la vigente LCSP, en su considerando (74) establecía ya que:

"Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia" lo que se desarrolla en el art. 42 de la misma que, en el apartado 2, dispone que: "Las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia".

En consonancia con la Directiva citada, en el capítulo I del Libro II el art. 126 LCSP, dentro de la sección 1.ª relativa a *"la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas"*, se establecen las *"reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas"*. En sus apartados ahora relevantes, el precepto dice lo siguiente:

"1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

(...)

5. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras: a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo; b) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención "o equivalente" c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b);d) Haciendo referencia a especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características.

6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención "o equivalente"."



Los apartados 7 y 8 del mismo artículo 126 de la LCSP, refiriéndose respectivamente, a los supuestos en que los órganos de contratación hagan uso de las opciones previstas en el apartado 5, letras a) o b), establecen que no se podrán rechazar ofertas por no ajustarse a las especificaciones exigidas, si el licitador prueba su cumplimiento *"por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en los artículos 127 y 128"*. Estos preceptos, por su parte, se refieren a las "Etiquetas" (art. 127) y a los *"Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba"* (art. 128 LCSP).

El art. 127 LCSP por otro lado, define las etiquetas como cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que los productos de que se trate cumplen determinados requisitos, exigiendo que *"sean accesibles a todas las partes interesadas"* [art.127.2.d)] y que se acepten por el órgano de contratación otros medios de prueba, incluidos los mencionados en el art. 128, que demuestren que los productos cumplen los requisitos de la etiqueta exigida (art.127.3).

El art. 128 de la LCSP, en el que se centra el objeto del debate de este procedimiento de recurso especial, es aplicable no solo a prescripciones técnicas, sino también a exigencias determinadas en criterios de adjudicación, como ocurre en los pliegos del procedimiento de contratación objeto de recurso especial establecidos en los pliegos señalando en su apartado primero que *"los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato."*

Cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados emitidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por aquellos.

A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá por "organismo de evaluación de la conformidad" aquel que desempeña actividades de calibración, ensayo, certificación e inspección, y que están acreditados de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo.

2. Supletoriamente los órganos de contratación deberán aceptar otros medios de prueba adecuados que no sean los contemplados en el apartado primero, como un informe técnico del fabricante, cuando el empresario de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados, siempre que la falta de acceso no sea por causa imputable al mismo y que este sirva para demostrar que las obras, suministros o servicios que proporcionará cumplen con las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato, según el caso".

Al respecto, sobre la interpretación de este artículo 128.2 de la LCSP es reseñable, pues resulta vinculante por mor del artículo 5.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. EL alcance del artículo se delimitó por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 18 de marzo de 2021. Su contenido fue recurrido por el Gobierno de Aragón, pero el Tribunal rechazó el recurso y declaró con efectos generales su constitucionalidad, y lo más importante, declaraba el conjunto del precepto como normativa básica. En este caso, la crítica del Gobierno aragonés se dirigía al hecho de al imponer al órgano de contratación aceptar *"supletoriamente"* otros medios de prueba, contraviniendo la doctrina del Tribunal sobre la cláusula de supletoriedad con relación a la legislación de las comunidades autónomas. En este sentido, el Tribunal Constitucional determinaba que, en este caso, se considera que no estamos ante un supuesto de aplicación supletoria de la norma estatal a las comunidades autónomas. Expresaba que *"de una lectura conjunta del precepto se deduce que en él se establece un mínimo común en el ámbito de los medios probatorios. Por una parte, determina los medios de prueba que los órganos de"*



contratación pueden exigir a los operadores económicos con carácter general –informe de pruebas o certificados– (apartado 1); y, por otra parte, prevé que se pueda recurrir a otros medios de prueba, cuando el acceso a los anteriores sea imposible por causas no imputables a los empresarios (apartado 2)”.

Señala el Tribunal Constitucional que ambas reglas deben interpretarse conjuntamente, porque no pretenden otra cosa que garantizar la igualdad de los licitadores y su tratamiento común por parte de las Administraciones en la fase de preparación del contrato. Es decir, se trata de una norma materialmente básica.

Por tanto, con carácter general, la certificación de características o requisitos técnicos exigidos en los pliegos con relación a determinados criterios de adjudicación, como estar acreditado ante la ENAC o entidad equivalente, en cualquier caso, deben permitir el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores y, si se exige un certificado de una entidad como ENAC o de otra acreditada por ésta como medio de prueba del cumplimiento de las requisitos técnicos, se deben también aceptar otros medios de prueba adecuados cuando no se pueda disponer de estos por causas inimputables.

En este sentido existen resoluciones al respecto del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución 384/2021, de 16 de abril), que estiman que lo que pretende el legislador con este precepto es que los criterios de adjudicación exigidos, basados en la calidad de los técnicos a aportar, y que resulten cualificados, puedan garantizar el acceso de los licitadores y la concurrencia en los procedimientos de contratación, sin que el establecimiento por parte del órgano de contratación de condicionantes técnicos injustificados en dichos criterios, o bien para la ejecución o el fin del contrato pueda limitar o restringir la concurrencia. También la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 106/2020 de 23 de enero de 2020, recurso 1465/2019 (Principado de Asturias 98/2019).

Por otro lado, es cierto que debe igualmente reconocerse, en orden a la definición de los requisitos técnicos de la prestación, una cierta discrecionalidad técnica al órgano de contratación. Sin embargo, a la vista del expediente de contratación remitido, esta discrecionalidad debería haber quedado motivada o justificada en la memoria de 26 de octubre de 2023, lo que habrá de examinarse, pues es ésta la que debe definir el criterio de adjudicación.

A efectos de determinar el motivo de la exigencia del criterio de adjudicación en los términos que figuran, y dado se permiten solo las certificaciones de determinadas asociaciones de acreditación, parece que se estarían excluyendo los certificados emitidos por otras entidades, que en puridad podrían ser válidos, como es en este caso el emitido por un centro universitario, que ya se aportó en el sobre 3, o el certificado que se aporta ahora, consistente en un certificado de capacitación técnica emitido por un Colegio profesional. Asimismo, partimos también de una realidad a la hora de resolver este recurso especial, y, es que el informe al recurso especial elaborado por el órgano proponente del contrato no defiende la imposibilidad de valoración de esos certificados presentados supletoriamente desde un punto de vista técnico conforme al artículo 128.2 de la LCSP, es decir, no justifica el motivo por el que solo valdrían los de las entidades expresadas en el pliego. En este sentido, observamos que el informe emitido por el titular de la Dirección General de Patrimonio hace una defensa desde la formalidad legal, basada en la aplicación de los artículos 138 y 139 de la LCSP. No da respuesta jurídica material a la imposibilidad de valoración de esos otros certificados presentados a la luz del artículo 128.2 LCSP, a pesar de tener conocimiento de su aportación de esos otros certificados, no solo ahora sino con ocasión del anterior recurso especial resuelto con la citada Resolución 88/2024 de este Órgano.

Motivado en la falta de explicación tanto en la memoria, como en los pliegos, como en el informe emitido por el órgano proponente del contrato, dados los términos de la redacción del criterio, debemos en un primer momento observar la motivación de dicho criterio de adjudicación realizada en la memoria del presente



expediente de contratación, a efectos de poder interpretar la aplicación del artículo 128 de la LCSP al caso concreto, tal y como señala el Tribunal Constitucional de los apartados 1 y 2, ambos básicos.

Debemos partir para su análisis que la exigencia de ese certificado emitido por entidad acreditada se exige respecto de un criterio de adjudicación. En este sentido, a efectos de la debida justificación, con relación a los criterios de adjudicación se expresa en el artículo 145 LCSP apartado 1 lo siguiente:

“La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148”. (El subrayado es nuestro).

En este sentido, conviene recordar que la LCSP incluye una ampliación importante de las obligaciones de publicidad activa. En este sentido, el artículo 63.3.a) LCSP indica que deberá publicarse al menos la siguiente información:

«La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente».

Por otra parte, el artículo 116.4 y otros preceptos de la LCSP exigen que en el expediente de contratación quede acreditada la justificación adecuada de determinados aspectos como los criterios de solvencia económica y financiera, y técnica y profesional, los criterios de adjudicación, las condiciones especiales de ejecución que se van a exigir al adjudicatario en la ejecución del contrato, el cálculo del presupuesto de licitación y del valor estimado, etc.

Es cierto que la LCSP no concreta en qué tipo de documento deben constar todas estas cuestiones —en algunos casos habla en términos generales de la documentación del expediente, o simplemente del expediente— no obstante, el órgano de contratación ha de hacer efectivo siempre los principios de transparencia y buena administración, y adoptar como una buena práctica que la memoria del contrato contenga todos los aspectos que la LCSP exige que queden justificados en el expediente. En nuestro caso, examinada la memoria de fecha de 26 de octubre de 2023, elaborada por el órgano proponente del contrato, la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, en el punto 8 relativos a los criterios de adjudicación no existe ninguna justificación conforme al artículo 145 LCSP, pues únicamente se mencionan los criterios, los mismos que figuran en el PCAP, literalmente, pero no se justifica ni su elección ni su idoneidad, ni se relaciona la vinculación con el objeto del contrato conforme al artículo 145 LCSP. Es cierto, únicamente en cuanto a lo que el informe al recurso señala que los criterios de adjudicación han quedado consentidos al no haberse impugnados los pliegos. Ahora bien, ello no significa que el criterio de adjudicación elegido, a la luz del artículo 128 LCSP suponga que deba interpretarse como interesa el órgano proponente del contrato, sino que no motivándose la elección del criterio, mucho menos podrá justificarse que la interpretación de dicho criterio, deba realizarse sin tener en cuenta la interpretación sistemática de los dos apartados del artículo 128 de la LCSP, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional. No existen motivos que justifiquen por qué debería realizarse una interpretación tan restrictiva del artículo 128 LCSP.



En efecto, la memoria, tal y como se ha examinado cuál debe ser el contenido propio de ésta, no permite que pueda imponerse a priori una interpretación restrictiva de dicha cláusula. No se encuentra justificada la elección del criterio de adjudicación en virtud del artículo 128 LCSP, como apropiado con relación al objeto del contrato conforme al artículo 145 LCSP examinado, ni tampoco el criterio en sí definido como necesario, y menos aún que deba descartarse la aplicación de la interpretación que deba hacerse de las exigencias de estos certificados conforme la redacción del apartado 2 del artículo 128 de la Ley. Por ello, si bien el órgano proponente del contrato defiende la aplicación del artículo 139 LCSP, es decir que la exigencia de este certificado habría quedado consentida, lo cierto es que, si bien está consentido, la memoria y los pliegos no determinan una interpretación restrictiva del artículo 128 de la LCSP, y además ni siquiera el informe al recurso firmado por el órgano proponente del contrato defiende la bondad o idoneidad de una interpretación restrictiva, ni siquiera repara en ello. Y la consulta a la que alude, si bien es vinculante, no se debe presumir su acierto, pues viene a reproducir literalmente casi la prescripción del pliego sin aportar nada más, es decir, no puede estar por encima esa contestación de una interpretación de las cláusulas conforme a las prescripciones legales aplicables.

El certificado de acreditación, o de la ENAC que se exige se impone como necesario para ser valorado como criterio de adjudicación, pero la memoria, ni la redacción del criterio en el PCAP motiva la interpretación restrictiva del artículo 128.2 LCSP, ni ofrece ninguna otra alternativa razonable conforme al precepto, que sí las recoge. Habría sido proporcional, ante la falta de justificación, interpretar la posible admisión de un medio alternativo conforme al artículo 128.2 LCSP, ante las alegaciones que ya vertió la entidad recurrente en el primer recurso ya mencionado.

Es decir, salvo que hubiera quedado determinado el motivo por el que solo pudiera acreditarse ser auditor energético idóneo para ser valorado con la certificación, conforme lo expresado en ese apartado 8 del Anexo I, no puede prescindirse de la posibilidad de presentar un medio alternativo y que este resulte debidamente valorado como prescribe el apartado 1 del artículo 128 LCSP. En efecto, el criterio de adjudicación, de su redacción y de su falta de justificación, no se puede interpretar que no quepa la posibilidad de presentar alternativa, “supletoriamente”, pues no se permite deducir la relevancia o trascendencia de la falta de la acreditación a los efectos de poder observar la rigidez del criterio, más aún cuando la legislación comunitaria e incluso la andaluza se encuentra inspirada en un principio de presunción de cumplimiento a efectos de que un operador económico del sector pueda ser considerado como proveedor de servicios energéticos (declaraciones responsables). Lo que es lo mismo, la importancia de la acreditación, y por ello sostener un criterio restrictivo en cuanto a su exigencia. Es decir, no se intuye una justificación en la redacción del criterio de que sea en todo caso necesaria una acreditación otorgada por una asociación que está reconocida por el Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre. Este Real Decreto es el que designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 339/93, la normativa de la Unión Europea sobre acreditación y demás disposiciones que le sean de aplicación, pero sin embargo, no es requisito para poder ser proveedor de servicios energéticos.

La entidad recurrente, como se ha expuesto, con su recurso no cuestiona tanto el filtro exigido, como que no se explique por qué no se permite un certificado alternativo que permita otorgar los puntos, emitido por ejemplo por una Universidad, es decir, presenta un certificado emitido en donde se habría recibido formación como “Auditor Energético en Edificación”, por 150 horas de duración y merecedor de 6 créditos ECTS. Este documento sí se incluyó en el sobre 3, como ya se alegó antes de la adjudicación, el cual ya se propuso en el recurso 74/2024 por la entidad recurrente de este mismo recurso, y cuyas alegaciones ya conocidas desde entonces por el órgano no habían sido tenidas en cuenta antes de la adjudicación.



No obstante, ahora viene a presentar determinada documentación, del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Andalucía Occidental, la cual no podrá ser considerada por no haberse acompañado al sobre 3.

Por su parte el órgano proponente del contrato no informa del motivo por el que no es válido el certificado expedido como medio supletorio, puesto que ni siquiera se plantea que el certificado pueda considerarse como tal a efectos del artículo 128.2 LCSP.

2. Sobre la capacidad técnica para realizar auditorías energéticas.

Dada la falta de justificación de la rigidez en la interpretación del art. 128 LCSP, es obligado ahora ahondar en la exigencia del requisito restrictivo, que, sin motivarse, ha argumentado en un informe el órgano proponente del contrato como criterio de adjudicación.

Ténganse en cuenta además las concretas circunstancias y contexto del expediente, pues debe tenerse en cuenta que el criterio de adjudicación de contar con un auditor energético en el equipo profesional se trata de un perfil que además no se solicita en la solvencia del equipo profesional mínimo, el cual debe estar compuesto de un mínimo de tres miembros. Por un lado, el director del equipo, que deberá ostentar la titulación de arquitecto con 5 años de experiencia al menos. Por otro lado, también con 5 años se requiere al menos un Ingeniero Industrial o Ingeniero Técnico Industrial y un arquitecto Técnico. A ninguno de ellos se les exige en el mínimo de prescripciones técnicas ser auditor energético.

Es decir, el criterio de adjudicación es aportar en el equipo profesional un auditor energético, la cuestión es determinar si conforme al artículo 128 de la LCSP, está suficientemente justificado sin aplicación restrictiva, y si es suficiente la acreditación remitida por la entidad recurrente.

Podría desprenderse una motivación de exigirse la acreditación como criterio de adjudicación, si en la solvencia técnica se hubiera exigido ya en el equipo profesional mínimo el auditor energético, pero no ha sido así, por lo que no puede desprenderse tácitamente que la acreditación exigida al auditor que se aporte motive por sí sola la elección del criterio de adjudicación.

Al respecto debemos acudir al artículo 18.1 de la Directiva 2012/27/UE. Previamente esta Directiva expresa en su preámbulo que los Estados miembros fomentarán el mercado de los servicios energéticos poniendo a disposición del público y actualizando periódicamente una lista de Proveedores de Servicios Energéticos. Conforme a dicha Directiva, un proveedor de servicios energéticos es toda persona física o jurídica que presta servicios energéticos o aplica otras medidas de mejora de la eficiencia energética en la instalación o los locales de un cliente final, de acuerdo con la normativa vigente. En España, esta actividad está regulada por el Real Decreto 56/2016 del 12 de febrero, por el que se traspone la Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a las auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía. En concreto, el artículo 7 regula los requisitos para el ejercicio de la actividad profesional del proveedor de servicios energéticos, el artículo 8 la habilitación y declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de su actividad y el artículo 10 lo relativo al listado público de los proveedores de servicios energéticos.

El artículo 7, sobre "Requisitos para el ejercicio de la actividad profesional de proveedor de servicios energéticos", dispone:

«Para el ejercicio de la actividad profesional de proveedores de servicios energéticos se deberán cumplir los siguientes requisitos y disponer de la documentación que así lo acredite:



a) Disponer de la documentación que identifique al prestador, que en el caso de ser persona jurídica, deberá estar constituida legalmente e incluir en su objeto social las actividades propias de la prestación de servicios energéticos o de mejora de la eficiencia energética en las instalaciones o locales de un usuario, y en el caso de ser persona física estar dado de alta en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores en alguno de los grupos de las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas correspondientes a las actividades económicas de prestación de servicios energéticos.

b) Acreditar una cualificación técnica adecuada.

i. En el caso de una persona física, acredita dicha cualificación cumplir alguna de las siguientes condiciones:

1.º Estar en posesión de una titulación universitaria u otras licenciaturas, Grados o Máster universitarios en los que se impartan conocimientos en materia energética.

2.º Tener los conocimientos teóricos y prácticos sobre energía, entendiéndose que poseen dichos conocimientos las personas que acrediten alguna de las siguientes situaciones:

1.º) Disponer de un título de formación profesional o un certificado de profesionalidad incluido en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales cuyo ámbito competencial incluya materias relativas a la energía.

2.º) Tener reconocida una competencia profesional adquirida por experiencia laboral, de acuerdo con lo estipulado en el Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio (EDL 2009/171619), de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral, en materia de energía (...).

El artículo 8, sobre "Requisitos para el ejercicio de la actividad profesional de auditor energético", dispone:

«1. Las personas físicas que deseen ejercer la actividad profesional de auditor energético deberán cumplir alguna de las siguientes condiciones:

a) Estar en posesión de una titulación universitaria oficial u otras licenciaturas, Grados o Máster universitarios en los que se impartan conocimientos básicos de energía, instalaciones de los edificios, procesos industriales, contabilidad energética, equipos de medida y toma de datos y técnicas de ahorro energético, o bien;

b) Tener los conocimientos teóricos y prácticos sobre las auditorías energéticas, entendiéndose que poseen dichos conocimientos las personas que acrediten alguna de las siguientes situaciones:

1.º Disponer de un título de formación profesional o un certificado de profesionalidad incluido en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales cuyo ámbito competencial incluya materias relativas a las auditorías energéticas.

2.º Tener reconocida una competencia profesional adquirida por experiencia laboral, de acuerdo con lo estipulado en el Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio (EDL 2009/171619), de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral, en materia de auditorías energéticas.

En cualquiera de las anteriores situaciones a las que se refiere el párrafo b), haber recibido y superado un curso teórico y práctico de conocimientos específicos de auditorías energéticas, impartido por una entidad reconocida por el órgano competente de la comunidad autónoma, con el contenido indicado en el anexo V. La realización de este curso, tendrá eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de trámites o requisitos adicionales.

2. A los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos en este artículo, se aceptarán los documentos procedentes de otro Estado miembro de los que se desprenda que se cumplen tales requisitos, en los términos previstos en el artículo 17.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (EDL 2009/251214), sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio».

Según el citado Real Decreto pueden formar parte del listado de proveedores de servicios energéticos, las personas físicas o jurídicas que hayan presentado ante el órgano competente en materia de eficiencia energética de la comunidad autónoma o ciudad de Ceuta o Melilla correspondiente, una declaración responsable (según el anexo II de este Real Decreto), en la que el titular de la empresa o su representante legal manifieste que cumple



los requisitos que se exigen, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantenerlos durante la vigencia de la actividad, sin necesidad de resultar acreditados.

Conforme al Real Decreto, dos cuestiones son distintas, la capacidad para ser auditor energético que es la competencia adquirida por unos conocimientos técnicos, y otra distinta es la que afectaría a la posibilidad de ejecutar los servicios, que basta con la presentación de la declaración responsable habilita para el ejercicio de la actividad, desde el momento de su presentación, en todo el territorio español por tiempo indefinido, sin perjuicio de las posteriores comprobaciones que pueda realizar la Administración competente.

El ejercicio, depende únicamente de que el órgano competente de la comunidad o ciudad autónoma remita la declaración responsable del correspondiente proveedor de servicios energéticos a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, en el plazo de un mes, que dará traslado al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), con objeto de que sea incluida en el Lista de Proveedores de Servicios Energéticos, que está disponible en su sede electrónica. Este listado contiene la información necesaria que permite identificar a los proveedores de servicios energéticos con el fin de poner a disposición del público una lista de proveedores cualificados, facilitar a la Administración competente la realización de la inspección y otra información que se considere necesaria a efectos estadísticos y de clasificación sectorial o alcance de los servicios energéticos de las empresas.

La Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo puede a su vez ordenar en cualquier momento la rectificación de este listado como resultado de las comprobaciones que pueda realizar sobre el cumplimiento de los requisitos exigibles para el ejercicio de la actividad. Al igual que la Secretaría General de Energía de la Consejería de Política Industrial y Energía. La base de datos contiene información de contacto y el ámbito geográfico de actividad de aquellos proveedores que han solicitado adecuadamente su inclusión necesitando para inscribirse en el Listado de Proveedores de Servicios Energéticos dirigirse previamente al órgano competente habilitado en su Comunidad o Ciudad Autónoma, y presentar la declaración responsable (según modelo del Anexo II del Real Decreto 56/2016) y la documentación que le soliciten en el mismo.

Es decir, los auditores energéticos pueden estar capacitados previamente, dependiendo únicamente el ejercicio de que cumplan con dicha normativa para realizar las auditorías. Es decir, poseyendo los conocimientos se está capacitado, todo ello porque la normativa relativa a los proveedores de servicios energéticos parte de una presunción de cumplimiento normativo como se ha visto.

3. La posibilidad de aclaración de la documentación presentada. Sobre la posibilidad de permitir un medio alternativo conforme al artículo 128.2 LCSP.

La entidad recurrente fundamenta un pretendido derecho a aclarar lo ofertado. En el mes de febrero de 2024 ya presentó un recurso especial, que hubo de ser inadmitido, pero que ya contenía esta pretensión. No obstante, estas alegaciones en el caso concreto ya las conocía el órgano proponente del contrato entonces hace unos meses. Es decir, de alguna forma se trasladó ya entonces al órgano de contratación la problemática en cuanto a la interpretación del criterio de adjudicación, es decir, si procedía ya entonces aclarar lo ofertado, el auditor a efectos de ser valorado como criterio de adjudicación. Como decimos, el recurso debía ser inadmitido, y se inadmitió, pero ello no hubiera obstado a que el órgano de contratación de oficio antes de adjudicar, pudiera haberlo solicitado la aclaración.

La entidad recurrente expresa, dado los preceptos legales, lo siguiente en el escrito de recurso especial:



“(…) el procedimiento seguido, conculca los principios de seguridad jurídica y legalidad, y los de antiformalismo y proporcionalidad que deben estar presentes en la actuación administrativa, amén del derecho de cualquier ciudadano al que la administración emita resoluciones justas y motivadas, acordes con la legalidad y no restrictivas de sus derechos”.

El informe al recurso se centra en lo denominado como derecho de subsanación por la recurrente, expresando lo siguiente y concluyendo con una serie de preguntas sin respuestas:

“La empresa recurrente, lejos de probar en esta fase de recurso que la entidad que les certificó (EUROINNOVA INTERNATIONAL ONLINE EDUCATION S.L EN COLABORACIÓN CON LA UNIVERSIDAD ANTONIO DE NEBRIJA) estaba acreditada por la ENAC u otra de las entidades indicadas en el PCAP, pretende acreditar este requisito para cumplir con el PCAP mediante otra documentación totalmente distinta a la exigida en el PCAP, pretendiendo además que la Mesa de Contratación le hubiera concedido un plazo de subsanación ¿para qué? ¿para suplir un requisito exigido de una determinada forma en el PCAP? ¿para completar su oferta? ¿para modificarla?”.

El alcance del criterio que sostiene en su escrito de recurso especial debe hacerse conforme al precepto que le sirve de justificación para la exigencia de la admisión de lo ofertado, es decir, el artículo 128 de la LCSP. El Real Decreto 56/2016 citado transpone la ¹Directiva UE/27/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía, y en su normativa de desarrollo, la cual señala en su artículo 8 que *“los Estados miembros fomentarán que todos los clientes finales puedan acceder a auditorías energéticas de elevada calidad, con una buena relación entre coste y eficacia, y:*

- a) realizadas de manera independiente por expertos cualificados o/y acreditados con arreglo a unos criterios de cualificación, o*
- b) ejecutadas y supervisadas por autoridades independientes con arreglo al Derecho nacional”.*

Expresa que además:

“las auditorías energéticas a que se refiere el párrafo primero podrán ser efectuadas por expertos internos o auditores energéticos siempre que el Estado miembro correspondiente haya establecido un sistema que garantice y compruebe su calidad y en el que, entre otras cosas, se realice, si ha lugar, una selección aleatoria anual de, como mínimo, un porcentaje estadísticamente significativo de todas las auditorías energéticas que han realizado.

A fin de garantizar la elevada calidad de las auditorías energéticas y los sistemas de gestión energética, los Estados miembros fijarán unos criterios mínimos, transparentes y no discriminatorios, para las auditorías energéticas basados en el anexo VI.”

¹ La Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía, en su art. 25.1 señala que el certificado de eficiencia energética será exigible, de conformidad con lo establecido en el RD 235/2013, que aprueba el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de los edificios, en aplicación de lo dispuesto en el DL Andalucía 2/2018 art.2, de simplificación de normas en materia de energía y fomento de las energías renovables en Andalucía.

Por su parte, el régimen jurídico para mejorar la eficiencia energética en las empresas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía será el establecido en el RD 56/2016 -redacc RD 647/2020-, por el que se transpone la Directiva UE/27/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética , en lo referente a auditorías energéticas , acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía, y en su normativa de desarrollo.



“(...) El acceso de los agentes del mercado que ofrezcan servicios energéticos se realizará sobre la base de criterios transparentes y no discriminatorios.”

Es decir, si bien no corresponde una subsanación, sí es cierto que siendo conocedor de la aportación de determinados documentos en la oferta presentada en el sobre 3, en concreto una certificación de la entidad Euroinnova International Online Education S.L, en colaboración con la Universidad Antonio de Nebrija, vendría a ponerse de manifiesto la existencia de documentos que no habrían sido valorados convenientemente por la mesa, sin haber quedado justificado completamente que no estaba acreditada por la ENAC u otra de las entidades indicadas en el PCAP, ni tampoco que podría constituir un medio de prueba supletorio si se diera la condición del artículo 128.2 LCSP.

Es decir, dichos certificados podrían suponer la presentación de medios de pruebas alternativos, y como tal sí podría solicitarse aclaración de la oferta.

A la vista de la documentación presentada en el sobre 3, de acuerdo con las consideraciones realizadas, debemos considerar no tanto la posibilidad de realizar una subsanación, sino que se le pudiera haber solicitado aclaración. Como se ha señalado en la Resolución 118/2019, de 24 de abril, de este Tribunal:

«Lo que sí es posible es solicitar aclaraciones por la mesa o, en su caso, por el órgano de contratación que en modo alguno supongan alteración de la oferta técnica y/o económica, pero no la adición de otros elementos pues ello podría suponer dar la opción a la entidad licitadora afectada de modificar su oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas técnicas y/o económicas, pudiendo resumirse su doctrina del modo siguiente:

1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la entidad licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la misma, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

3. El principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas ellas y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

En conclusión, la solicitud de aclaraciones a las ofertas no es una obligación impuesta a la mesa o al órgano de contratación, sino una posibilidad que tiene cuando entiende que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o que se han de corregir errores materiales en la redacción de la misma; en caso contrario no están obligados a solicitar aclaración si, a su juicio, la oferta es lo suficientemente clara y precisa, pero en modo alguno dicha solicitud de aclaraciones supone vulneración de norma contractual alguna, como pretende la recurrente, si se realiza en los términos expuestos».



En el mismo sentido, la Resolución 216/2022, de 1 de abril.

Lo cierto es que ante la eventualidad que ahora se analiza ha de examinarse si a la vista de lo ofertado como auditor energético, si conforme al artículo 128.2 LCSP era susceptible de aclaración en el sentido de que justificare el motivo por el que estimaba que por causa que no le es imputable al mismo no podría haber presentado dichos certificados o alegase la imposibilidad de obtenerlos en los plazos fijados en el pliego, es decir, (...) *“siempre que la falta de acceso no sea por causa imputable al mismo y que este sirva para demostrar que”*(...) los servicios (...) *“que proporcionará cumplen”*(...) con los *“criterios de adjudicación”*.

Por tanto, hemos de partir del hecho de que la proposición del sobre 3, podría haber estado formulada, incluidos todos los datos necesarios, de manera correcta, para ser incluso adjudicatario si se dieran esas circunstancias que aún no han sido valoradas. De lo anterior se infiere, que dicho certificado no fue examinado conforme lo que permite el artículo 128.2 LCSP, y que debía haber solicitado aclaración a la entidad recurrente a fin de determinar si estaba justificado la no presentación del certificado conforme al apartado 1 del artículo 128 LCSP, y poder así justificarlo con otros certificados.

El error en la interpretación de la norma (128.2 LCSP) y en la valoración de los documentos del sobre 3 en el caso enjuiciado, que rige el criterio de adjudicación cometido por la ahora recurrente es ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos y exteriorizándose por su sola contemplación, apreciándose teniendo en cuenta exclusivamente los datos contenidos en su oferta y en los pliegos.

En definitiva, la inconcreción que los documentos aportados se presentaba por ausencia de tener los certificados y que debían ser por medios alternativos, se ha puesto de manifiesto no solo ahora con el recurso especial, sino con ocasión del recurso anterior citado que fue inadmitido.

Partiendo de esta premisa, por último ha de hacerse referencia al principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia comunitaria -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 172/2019, de 17 de enero, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la nueva LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que *«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»*.

En el supuesto examinado, conforme a la doctrina y jurisprudencia expuesta supone que el órgano no realizó lo que el artículo 128.2 LCSP exige para rechazar la documentación que pudo considerarse como medio alternativo, debiendo solicitar la aclaración en los términos expuestos.

Al respecto ha de tenerse en cuenta, como hace la citada Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, que el principio de proporcionalidad exigiría en este caso que, antes de proceder a la no valoración de la oferta en cuanto a este criterio de adjudicación -opción que siempre tiene en última instancia la mesa o, en su caso, el órgano de contratación si entiende que se incumplen los pliegos- se dé oportunidad a la entidad licitadora de confirmar la veracidad del dato dudoso, pues de este modo se consigue, de un lado, que la Administración contratante alcance seguridad jurídica acerca de los términos reales de la oferta para así poder



tomar una decisión fundada, y, de otro lado, que la propia empresa licitadora reciba la oportunidad de confirmar la validez de dichos términos.

Por tanto, ante la falta de justificación en el expediente del criterio de adjudicación, y su vinculación con el objeto del contrato, teniendo en cuenta que la legislación, la andaluza incluso, se encuentra inspirada por un principio de presunción de cumplimiento, se impone una interpretación antiformalista del pliego en este supuesto, que fundado en el artículo 128 LCSP pueda permitir la admisión de dichos certificados, y poder acreditar que cumple con el pliego en lo relativo al Anexo I apartado 8. La aclaración a solicitar por el órgano que pueda llevar a cabo la entidad recurrente en ningún caso puede suponer modificación de la oferta, por ello, no pueden ser admitidos otros documentos que los que fueron aportados a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas. Es decir, no podrá admitirse lo que ahora se han acompañado con el recurso especial del colegio profesional, sino tan solo una aclaración de la oferta en los términos que permite el artículo 128.2 LCSP, a efectos de expresar esa circunstancia ya citada anteriormente.

Sobre la base de estos documentos, este Tribunal para una mayor seguridad ha procedido de oficio a someterlos a la consideración del órgano competente en Andalucía a efectos de su control, cuyas conclusiones se abordan a continuación.

4. Sobre la valoración de la prueba realizada.

Se ha recabado la prueba del órgano competente en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Secretaría General de Energía, conforme al artículo 6 del Decreto 163/2022, de 9 de agosto, que informe acerca de la capacitación del auditor energético ofertado a efectos de realizar una auditoría energética. El texto del oficio de la petición de prueba ha sido el siguiente:

“Sin perjuicio del fondo del recurso, el Tribunal ruega la colaboración necesaria para determinar las siguientes cuestiones:

1. Que se informe sobre si la inscripción en el registro del IDAE dependiente del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico del Gobierno de España, supone que Don A.C.T. figuraba de alta el 15 de enero de 2024, fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, como proveedor de servicios energéticos en dicho registro. Si lo estaba, expresar si ello suponía tener capacidad técnica suficiente para ser considerado como auditor energético de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero.

2. Si el certificado de aprovechamiento y el título, aportados por la entidad recurrente, que se adjuntan, se pueden considerar emitidos por un «organismo de evaluación de la conformidad» (art. 128 LCSP), es decir, que esté acreditado de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo.

3. En caso de ser la respuesta negativa, informar sobre la existencia de alguna limitación o dificultad, conforme a las circunstancias que le consta a dicha Secretaría General respecto de la posibilidad de obtener una certificación por Don A.C.T.

4. En ese caso se ruega que se informe, sobre si los medios presentados y que se adjuntan con este escrito, serían medios de prueba alternativos adecuados conforme al artículo 128.2 de la LCSP. Los medios que se acompañan son:

- Inscripción en el listado Proveedores de Servicios Energéticos para la Diversificación y Ahorro de la Energía, IDAE.

- Certificado de aprovechamiento de la acción formativa: Auditor Energético en Edificación, y el título aportado en el sobre 3.



En este sentido, se le concede un plazo de diez días hábiles siguientes a la remisión de la presente notificación para que remita la información solicitada.”

La respuesta ha sido la siguiente diferenciando entre los efectos de la inscripción y de capacitación. Así expresa:

“(…) En lo referente a la capacidad técnica para el ejercicio, tanto de la actividad profesional de proveedor de servicios energéticos, como la de auditor energético, en el caso de persona física, esta queda determinada en los artículos 7 y 8 del Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, en los que, para ambas actividades, entre otras condiciones, se indica lo siguiente:

Art. 7 Requisitos para el ejercicio de la actividad profesional de Proveedor de Servicios Energéticos.

“Estar en posesión de una titulación universitaria u otras licenciaturas, grados o másteres universitarios en lo que se impartan conocimientos en materia energética.”

Art. 8 Requisitos para el ejercicio de la actividad profesional de auditor energético.

“Estar en posesión de una titulación universitaria u otras licenciaturas, grados o másteres universitarios en lo que se impartan conocimientos básicos de energía, instalaciones de los edificios, procesos industriales, contabilidad energética, equipos de medida y toma de datos y técnicas de ahorro energético.”

2. Si el certificado de aprovechamiento y el título, aportados por la entidad recurrente, se pueden considerar emitidos por un «organismo de evaluación de la conformidad» (art. 128 LCSP), es decir, que esté acreditado de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo.

El Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía, recoge en su artículo 7 los requisitos para el ejercicio de la actividad profesional de proveedores de servicios energéticos.

Por la documentación que obra en el expediente de esta Secretaría General de Energía, Don A.C.T. presenta copia compulsada del Título de Ingeniero Industrial (Especialidad en Mecánica), expedido en Madrid, a 15 de diciembre de 1982. Dicha titulación cumple con los requisitos exigidos expuestos anteriormente y habilitan para el ejercicio de ambas actividades.

Se puede entender que el certificado de aprovechamiento y el título aportados en la Solicitud de Prueba del TARCJA constituyen un complemento al título universitario de Ingeniero Industrial de D. A.C.T.. (El subrayado es nuestro).

Esta Secretaría General de Energía no cree necesaria aportar información referente a lo solicitado en los puntos 3 y 4 de su escrito, en tanto que dicho título universitario habilita. por sí mismo, como ya se ha indicado, para el ejercicio de ambas actividades profesionales”

Aparte considera la declaración responsable únicamente como requisito habilitante para el ejercicio de la actividad, pero no de capacitación, cuando señala:



“Según consta en el expediente de Proveedores de Servicios Energéticos de esta Secretaría General de Energía, la declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de la actividad profesional de Proveedores de Servicios Energéticos se efectuó con fecha 14 de marzo de 2024 y n.º de registro 20249992568842”.

Es decir, mientras que la condición de auditor energético depende de una determinada capacitación adquirida a través de una titulación, el ejercicio no depende de una previa calificación por parte de la Administración competente, sino de una declaración responsable tramitada conforme a su normativa de aplicación, lo cual no se muestra como requisito para determinar su capacidad suficiente como auditor energético, sino para el ejercicio de la actividad, es decir, con la ejecución del contrato, lo cual puede quedar diferido al momento de la perfección del contrato y su ejecución.

Así las cosas, entiende este Tribunal que la exigencia que realiza el pliego de prescripciones técnicas, sin justificar ni en la memoria ni en el expediente, como criterio de adjudicación de un certificado concreto a efectos de estimar valorable la aportación de un auditor energético, expedido por la ENAC u órgano equivalente, y requerido como imprescindible, sin permitir dicho pliego la aportación de otro certificado equivalente, ni otros medios de prueba adecuados, conlleva un obstáculo injustificado de la competencia e incide en el principio de igualdad que debe regir todo procedimiento de contratación pública, con infracción de los arts. 126 y 128 LCSP, y más en concreto del apartado número 2 de este precepto. Es decir, no ha quedado justificado en el expediente por qué debe hacerse una interpretación restrictiva del artículo 128 de la LCSP, por lo que la adjudicación debe procederse conforme a la interpretación que resulta del contenido completo de dicho precepto, en los términos señalados por el Tribunal Constitucional como se ha citado.

Por esta razón, procede la estimación parcial del recurso, con los efectos que se citan en la consideración siguiente, pues si bien se resuelve anular la resolución, y se ordena la retroacción de las actuaciones, no podrá aún otorgarse ninguna puntuación, debiendo en su caso valorar el órgano de contratación y solicitar la aclaración en el sentido expuesto de dicho apartado 2 del artículo 128 LCSP, dado que la actuación del órgano de contratación ha supuesto una infracción del mismo al no permitir la aplicación conjunta de ambos apartados del precepto. De la valoración que se realice dependerá el otorgamiento de dicha puntuación o no, y por tanto la resolución de una nueva resolución de adjudicación. A mayor abundamiento, la motivación que se realice en la nueva resolución de adjudicación será, en su caso, susceptible de nuevo de recurso especial.

OCTAVO. Efectos de la estimación del recurso.

La estimación parcial del recurso, además de la anulación de la resolución de adjudicación, conlleva la retroacción de las actuaciones. De este modo las actuaciones deben reiniciarse al momento de apertura del sobre 3, a los efectos únicamente de revisar la documentación presentada a la luz de lo expresado en el fundamento de Derecho anterior conforme a la prueba practicada con respecto a la entidad recurrente, para que puedan valorarse los documentos entonces presentados conforme al artículo 128.2 LCSP. En este sentido, deberá solicitarse aclaración sobre si concurren causas justificativas suficientes para no poder disponer de los medios del apartado 1 del artículo 128 LCSP, es decir, porque no tuviera acceso “(...) a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados, siempre que la falta de acceso no sea por causa imputable al mismo(...)”. Todo ello, a efectos de que la documentación que ya se acompañó en el sobre 3 pueda considerarse como medio de prueba alternativo, de darse el condicionante señalado en dicho precepto que se ha citado.

Por todo 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 **VALDEMAR INGENIEROS, INSTALACIONES Y OBRAS, SOCIEDAD DE INTERMEDIACIÓN S.L.**, contra la resolución de adjudicación de 3 de mayo de 2024, en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Redacción de proyecto básico y de ejecución y dirección facultativa de la obra de rehabilitación energética, reforma y reparaciones del edificio administrativo en calle Hermanos Machado n.º 4, Almería» (Expediente CONTR 2023 0001008357), convocado por la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, por los argumentos y con los efectos expuestos en los Fundamentos de Derecho séptimo y octavo de la resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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 todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

