



Recurso nº 546/2018 Ciudad de Melilla 4/2018

Resolución nº 621/2018

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

En Madrid, a 29 de junio de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D.J.G.L., en representación de ENDESA ENERGÍA S.A.U, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del *“Suministro de energía eléctrica de las instalaciones de la Ciudad Autónoma de Melilla en el período diciembre 2018-diciembre 2022”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Ciudad Autónoma de Melilla a través de su Consejería de Hacienda convocó a pública licitación, mediante anuncios publicados en la plataforma de contratación del sector público el 14 de mayo de 2018, en el Diario Oficial de la Unión Europea de 16 de mayo de 2018, así como en el BOE el 22 de mayo de 2018, el *“Suministro de energía eléctrica de las instalaciones de la Ciudad Autónoma de Melilla en el período diciembre 2018-diciembre 2022”*, expediente 8/2018/CMA, con un valor estimado de 18.689.178.98EUR.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. Disconforme con los pliegos anteriormente identificados el recurrente ENDESA ENERGÍA S.A.U interpuso el 4 de junio de 2018 recurso especial en el que hacía constar que los motivos que lo fundaban eran la discrepancia con la exigencia contenida en el

apartado 2.4 del PPT referida a que el gestor debe residir en la Ciudad de Melilla considerando que es contrario al principio de libertad de acceso a las licitaciones de la LCSP, y a la no discriminación e igualdad de trato, a la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a la Directiva 2014/24/UE.

Cuarto. El órgano de contratación emitió informe con fecha 7 de junio de 2018 en el que indicaba que no exigían una oficina comercial en la Ciudad pero si presencia física del gestor atendiendo a la envergadura del contrato y a los 204 suministros eléctricos esenciales a los que afectaría y basándose en la experiencia de contratos anteriores en que no se exigía.

Quinto. El 8 de junio de 2018, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del expediente de contratación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y en el Convenio suscrito al efecto con la Ciudad autónoma de Melilla publicado en el Boletín Oficial del Estado de 9 de agosto de 2012, cuya prórroga fue publicada en el BOE de 11 de febrero de 2016.

Segundo. De acuerdo con el artículo 44.2 a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación son susceptibles de recurso especial.

Tercero. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1 b LCSP.

Cuarto. En relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o*

puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

En el caso que nos ocupa el recurrente pretende presentar su oferta a esta licitación por lo que la redacción de los pliegos y los requisitos que en ellos se contengan afectan sus intereses legítimos.

Por lo expuesto procede reconocer la legitimación de la recurrente para la interposición del recurso.

Quinto. Con relación al fondo del asunto las alegaciones del recurrente se refieren con la exigencia contenida en el apartado 2.4 del PPT referida a que el gestor debe residir en la Ciudad de Melilla considerando que es contrario al principio de libertad de acceso a las licitaciones de la LCSP, y a la no discriminación e igualdad de trato, a la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a la Directiva 2014/24/UE.

El órgano de contratación emitió informe con fecha 7 de junio de 2018 en el que indicaba que no exigían una oficina comercial en la Ciudad pero si presencia física del gestor atendiendo a la envergadura del contrato y a los 204 suministros eléctricos esenciales a los que afectaría y basándose en la experiencia de contratos anteriores en que no se exigía.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el arraigo territorial en múltiples ocasiones pero nos interesa traer a colación la reciente resolución nº 328/2018 de 6 de abril: *“«Y en la Resolución 1103/2015, de 30 de noviembre, se indicó lo siguiente: “En la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/2011, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se indicaba que ‘el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público’. En el mismo sentido, la ‘Guía sobre contratación pública y competencia’ de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una*

previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato. En otras ocasiones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/2011, de 9 de febrero). En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado: 'el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público', circunstancias que 'igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración'. Ocurre que en el presente caso la Administración contratante establece en el PCAP una condición de arraigo territorial (la exigencia de contar con una oficina permanente abierta en Madrid), que no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP), cuya admisión no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad requeridos en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad. En este sentido, en la ya citada Resolución 101/2013 el Tribunal declaró lo siguiente: 'De acuerdo con el precepto citado, además de acreditar la solvencia o, en su caso, clasificación, que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la oportunidad de exigir un plus de solvencia, mediante el establecimiento de la obligación de señalar los concretos medios personales o materiales, como podría ser, en este caso, la «Delegación de Zona».

En definitiva, este compromiso de adscripción de medios se configura como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al licitador idóneo para contratar con la Administración. En cualquier caso, el límite a la exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato resulta del principio de proporcionalidad, esto es, relación con el objeto y el importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública. Se trata, además, de una obligación cuya acreditación, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, corresponde sólo al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa' (...)

Pues bien, la doctrina de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea proscribe las cláusulas de arraigo territorial que se apliquen como criterios de solvencia o criterios de valoración de las ofertas. En definitiva, se sanciona que el arraigo territorial coloque a unos licitadores en una posición de ventaja sobre otros, ya sea como criterio de solvencia para concurrir a la licitación, ya sea por colocarles en una posición de ventaja al obtener de salida una mayor puntuación que los licitadores que no encuentren ubicados en el territorio señalado por los Pliegos. Sin embargo, este tipo de cláusulas –a juicio de este Tribunal, y admitido también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– no deben considerarse discriminatorias de forma automática, sino que debe valorarse su vinculación al objeto del contrato. “

En el caso que nos ocupa la cláusula 2.4 del PPT señala: “*La calidad de atención al cliente viene regulada por Real Decreto 1955/2000 de 1 de diciembre.*”

No obstante, la empresa adjudicataria pondrá a disposición de la Ciudad Autónoma de Melilla un canal de comunicación directo y un gestor que garantice la adecuada atención, información y resolución de las posibles incidencias relacionadas con el suministro eléctrico, debiendo residir en la Ciudad de Melilla, para la inmediata atención de cualquier incidencia que pueda surgir en la gestión del contrato, siendo el interlocutor directo con la empresa distribuidora.

El gestor técnico o persona en quien se delegue, siempre tendrá que estar localizado, o en su defecto y fuera de horario de oficina, a través de la oficina de atención del cliente, todos los días de la semana, 24 horas al día, para atender cualquier problema que se pueda presentar en los suministros de la Ciudad Autónoma de Melilla.

La empresa adjudicataria, proporcionará a la Ciudad Autónoma de Melilla asistencia y asesoramiento en todo lo relacionado con el contrato suscrito, y entre otros aspectos, en todo lo concerniente con las prestaciones del distribuidor.”

Por lo tanto la configuración en el PPT no se ha efectuado como ni como criterio de solvencia ni como criterio de valoración de las ofertas. Se trata de una exigencia que deberá cumplir y acreditar el adjudicatario del contrato. Se le ha atribuido la consideración de compromiso de adscripción de medios personales, como una obligación adicional de

proporcionar unos medios concretos, lo anterior implica revisar si está relacionado con el objeto del contrato y si es proporcional.

El órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal, pone de manifiesto la necesidad de esta cláusula al tener como finalidad el suministro de energía eléctrica a 204 puntos declarados como esenciales. Además añade que no están exigiendo que la adjudicataria tenga una oficina comercial en la Ciudad, solo requieren que haya presencia física, entendiéndose que con ello verían mejorada cualitativamente la ejecución del contrato, dando una respuesta más eficaz y personalizada a las incidencias que puedan surgir.

Además dada la situación geográfica de Melilla, y ante la problemática de los desplazamientos entre la Península y la misma, hace que los trámites se demoren en comparación a otros sitios de la península.

Respecto al hecho de que anteriormente no lo hubieran exigido y en este pliego si razonan lo siguiente: *“Sin embargo, en todos los contratos anteriores, en casos de incidencias y/o averías de cualquier suministro eléctrico de la Ciudad Autónoma de Melilla, y por mor de que las comunicaciones de las mismas se realizaban de ese modo, su resolución se demoraba en demasía, ya que era muy complicado contactar con la adjudicataria, lo cual no podemos permitir, toda vez de que estamos hablando de dejar a zonas enteras de la Melilla sin agua potable, sin alumbrado público, etc.*

Me permito exponer, que estas empresas, como es el caso de la recurrente, para atender incidencias o averías urgentes, cuentan con los denominados “call centers”, la mayoría de los cuales ni siquiera se encuentra en España, lo que hace que la resolución de éstas se demore en exceso, de ahí la exigencia establecida en la cláusula recurrida de querer contar con que el gestor resida en Melilla, a fin de dar solución y respuesta inmediata a las averías que surjan y que afectan a la población, con suma rapidez.”

Los elementos a considerar para apreciar si la cláusula controvertida vulnera los principios de libre concurrencia y, por ende, no se ajusta a las disposiciones de la LCSP, son el respeto al *“principio de proporcionalidad, esto es, relación con el objeto y el importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no*

discriminación que rigen la contratación pública.” Pues bien, el compromiso de adscripción de medios no vulnera la concurrencia, pues no es preciso tener abierta oficina alguna sino en el caso de resultar adjudicatario del contrato, que la atención al cliente además del canal de comunicación cuente con un gestor residente en la Ciudad Autónoma, no debe reunirse este requisito al tiempo de presentar las ofertas, sino únicamente al tiempo de la ejecución del contrato y en el supuesto de haber presentado la oferta económicamente más ventajosa para el órgano de contratación. Esta cláusula se aplica por igual a todos los licitadores, que deberán disponer del gestor residente en el supuesto de resultar adjudicatarios.

Por lo que respecta a la proporcionalidad, justifica el órgano de contratación la inclusión de la cláusula de referencia en la necesidad de una pronta atención en caso de avería que puede implicar dejar sin suministro eléctrico a unos servicios declarados esenciales.

La residencia del gestor exigido en el PPT se aplica por igual a todos los licitadores y aunque el coste será menor para el prestador del suministro local, no se aprecia que esta exigencia sea tan gravosa como para considerarla discriminatoria y que impida la concurrencia de otros licitadores, cada uno de ellos deberá valorar al presentar la oferta económica en qué concepto reduce su margen para obtener la adjudicación.

Por ello, se considera que la cláusula es proporcional y está vinculada al objeto al contrato atendiendo al contenido de la exigencia y a la importancia del suministro a satisfacer.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso especial interpuesto por D.J.G.L., en representación de ENDESA ENERGÍA S.A.U, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del *“Suministro de energía eléctrica de las instalaciones de la Ciudad Autónoma de Melilla en el período diciembre 2018-diciembre 2022.”*

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento acordada el 8 de junio de 2018 de conformidad con los artículos 49 y 56 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.