



Recursos nº 505/2019 C. Valenciana 97/2019

Resolución nº 653/2019

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

En Madrid, a 13 de junio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. S. P. P., en nombre y representación de la mercantil ENDESA ENERGÍA, S.A.U., contra los pliegos reguladores de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Crevillent relativa al suministro de energía para todos los edificios e instalaciones dependientes del Ayuntamiento y alumbrado público, expediente 2018/CONT/00010, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Alcaldía del Ayuntamiento de Crevillent ha tramitado el procedimiento para la licitación del suministro de energía para todos los edificios e instalaciones dependientes del Ayuntamiento y alumbrado público, expediente 2018/CONT/00010.

El contrato no se divide en lotes. El valor estimado del contrato es de 2.468.543,05€, IVA excluido.

Segundo. Se publicó la licitación del expediente en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED) y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 1 de abril del 2019.

Tercero. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), aprobada por 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, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.



Cuarto. Según certificado incorporado al expediente, a fecha 26 de abril de 2019 no se habían presentado ofertas a la licitación.

Quinto. En la presente licitación son objeto de recurso los pliegos reguladores de la licitación, por los motivos que más adelante se dirán.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión de los expedientes, habiendo sido recibido este acompañado del correspondiente informe.

Séptimo. El 14 de mayo de 2019 se dictó resolución por la Secretaria del Tribunal en la que se acordó la concesión de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento solicitada por los recurrentes respecto a de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio de colaboración suscrito el 22 de marzo de 2013 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, son objeto del recurso los pliegos reguladores del procedimiento de licitación, por lo que se trataría de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado a) del artículo 44.2 de la LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. En cuanto a la legitimación, el recurrente ha justificado su voluntad de tomar parte en el procedimiento de licitación, acreditando un interés concreto y suficiente a efectos del artículo 48 de la LCSP.



Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de remisión de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. El recurso se dirige a impugnar tanto el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), como el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), por considerar que los mismos contienen un criterio de adjudicación que supone un supuesto de arraigo territorial no permitido por el ordenamiento jurídico.

En concreto, es la cláusula 17 del PCAP, y en similares términos la cláusula 12.2 del PPT, la que establece lo siguiente:

“17.2 CRITERIOS NO CUANTIFICABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR FORMULAS.

Servicio permanente de atención personal, optimización de la factura eléctrica mensual por los valores de consumo y potencia registrados.

(0-30 Puntos).

A).- Se evaluarán los servicios y prestaciones que se ponen a disposición del Ayuntamiento por al adjudicatario, entre otros se valorará: la disposición de oficina o punto de atención en el municipio de Crevillent, durante el horario laboral; asesoramiento en contratación, facturación, medida de consumos, calidad de suministro y demás aspectos del suministro. Se especificará la ubicación de la oficina, de los medios humanos y equipamiento puestos a disposición del servicio.

-Por disponer de una oficina o punto de atención dentro de la localidad para realizar las gestiones..... 12 puntos.”

El Ayuntamiento considera que el criterio de adjudicación establecido es conforme a los supuestos en los que el ordenamiento y la doctrina permiten la incorporación de supuestos de arraigo territorial, y no se vulnera ninguno de los principios propios de la contratación, a saber, los principios de igualdad y no discriminación, y el principio de concurrencia.

Además, señala el Ayuntamiento que al establecer el Anexo II del PCAP -relativo al modelo de oferta económica- un compromiso de adscripción de medios en el que se incluye la disposición de una oficina disponible en el municipio de Crevillent, nos encontramos ante

una prescripción obligatoria para todos los licitadores en la ejecución del contrato, por lo que no existe discriminación.

Planteados así los términos del recurso, hemos de comenzar por el último punto, indicando que ni en el PCAP ni en el PPT se ha establecido un compromiso específico de adscripción de medios en los términos del artículo 76.2 de la LCSP, ni se ha impuesto como obligación del adjudicatario en el PPT la apertura y puesta a disposición de la indicada oficina. Más bien al contrario, como puede deducirse de la cláusula 21 del PCAP, al regular la documentación que debe presentar quien resulte propuesto como adjudicatario, el Anexo II comprometiéndose a establecer la mencionada oficina deberá presentarse cuando esos hayan sido los términos de la oferta, pues la redacción del PCAP es la siguiente:

“— Cuando se haya exigido o comprometido el adjudicatario a adscribir a la ejecución del contrato determinados medios materiales o personales, deberá aportar la documentación acreditativa de que dispone de tales medios y reiterar formalmente su compromiso de aportación efectiva de los mismos a la ejecución del contrato, conforme al artículo 76.2. LCSP.”

Visto que no puede admitirse que la disposición de una oficina en el municipio de Crevillent sea haya establecido como adscripción de medios y condición de ejecución, hemos de pasar a continuación a examinar la cuestión relativa al tratamiento que ha recibido el arraigo territorial en la contratación del sector público. Existe al respecto doctrina consolidada, pudiendo reproducir al efecto la Resolución 644/2015, de 10 de julio, en la que expusimos que:

“Corresponde a la Administración contratante definir las prescripciones del contrato a celebrar. A través del PPT la Administración delimitará el objeto del contrato y las prestaciones que lo constituyen. La Administración que pretende celebrar un contrato, a la vista de sus necesidades, pondrá en marcha el procedimiento de contratación previa definición de su objeto. En principio el órgano de contratación es libre para configurar el contrato como estime necesario para el cumplimiento de sus fines, siempre y cuando el contrato permita satisfacer las necesidades que lo justifican, de conformidad con el artículo 22 del TRLCSP. Asimismo, el órgano de contratación debe velar porque los pactos, cláusulas y condiciones que se establezcan no resulten contrarios al ordenamiento jurídico -artículo 25 del TRLCSP- y particularmente, en relación a la definición de las prestaciones



del contrato, el órgano de contratación se ha de ajustar a los criterios que para el PPT prevén los artículo 116 y 117 del TRLCSP.

El artículo 116 del TRLCSP define los PPT como los “pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”. El PPT “contiene las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato” -artículo 68 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre-.

En el artículo 117 del TRLCSP se contienen una serie de reglas que deben respetar las prescripciones técnicas. En el número 2 del citado artículo se dispone que “las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.”

En todo caso, los preceptos transcritos no constituyen sino una concreción de los principios que para la contratación pública establece el artículo 1 del TRLCSP y la Directiva 2004/18/CE -en su artículo 23- (artículo 42 de la vigente Directiva 2014/24/UE), y derivan del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En particular son los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

El Tribunal se ha pronunciado en diferentes Resoluciones (entre otras, 595/2013, de 4 de diciembre, 245/2013, de 27 de junio, 101/2013, de 6 de marzo, 212/2012, de 3 de octubre, 139/2011, de 11 de mayo y 29/2011, de 9 de febrero), acerca de la incorporación a los PCAP y PPT del denominado arraigo territorial de la empresa licitadora o adjudicataria. Este elemento de arraigo puede aparecer en el PCAP bien como un requisito de solvencia o aptitud para contratar de las empresas que desean licitar o bien como un criterio de valoración de las ofertas. En algunos casos se ha incorporado el arraigo territorial como un compromiso de adscripción de medios materiales, al amparo del artículo 64.2 del TRLCSP. El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 9/2009 de 31 de marzo ha estudiado el problema del arraigo territorial cuando se incluye en los pliegos como un



elemento de solvencia del contratista y como un criterio de valoración de las ofertas, indicando que “el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa, no pueden ser considerados como condición de aptitud para contratar con el sector público, ni pueden ser utilizados como criterio de valoración” circunstancias que “igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración”.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, trataron, como un supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. En esta sentencia el TJUE expuso las condiciones para apreciar si la medida adoptada por el Estado vulnera los principios del Tratado, sin que el hecho de que el supuesto considerado en esta sentencia no sea la prestación del contrato sino el criterio de aptitud o solvencia y el criterio de adjudicación obstaculice la aplicación de los requisitos comprendidos en ellas para el caso objeto de este recurso toda vez que se prevén para cualquier medida adoptada por el Estado que pueda afectar a la libre prestación de servicios. Así, la Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03 dispone en su párrafo 35, que “procede recordar, como han hecho las partes, que, según una jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I13031, apartados 64 y 65).

El TJUE, así como las Resoluciones de este Tribunal, estiman que no es posible dar una respuesta general a la admisión o no de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora, sino que debe acudirse a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos.

Antes de continuar resulta conveniente aclarar que resulta indiferente que la exigencia de una oficina, almacén, centro de trabajo o establecimiento, una delegación o un delegado



sea exigible como un requisito de solvencia, una obligación de adscripción de medios materiales, un criterio de valoración de las ofertas o bien, como es el caso de este expediente, exigirla como una prestación del contrato. Cualquiera que fuera la forma en la que la Administración contratante configure una medida discriminatoria o innecesaria para alcanzar los fines que se pretenden mediante el contrato o desproporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia. En todo caso, la exigencia o la consideración a todos los efectos de un arraigo territorial de las empresas supone una limitación de la concurrencia y la libertad de acceso que debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que éste satisface. Como toda excepción de los principios generales deberá interpretarse de forma restrictiva y así de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican.

En definitiva, el ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina o almacén en un mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato.”

En el presente caso no se encuentra justificado el establecimiento de un criterio de valoración que discrimina la puntuación de las ofertas en atención a criterios de arraigo territorial. Frente a aquellos supuestos en los que sí se ha admitido excepcionalmente que sea valorada la disposición de oficinas en un determinado territorio, en el presente caso no se aprecia la necesidad existente al efecto.

Téngase en cuenta que, admitiéndose la discriminación por razones territoriales con carácter extraordinario, en el presente caso no ayuda a defender la licitud de los pliegos el hecho de no encontrar la justificación exigida por el artículo 116.4.c) de la LCSP respecto a los criterios de adjudicación prescritos. Dispone el citado precepto:

“4. En el expediente se justificará adecuadamente:

[...]



c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.”

Más allá del informe al recurso, no consta en el expediente ninguna explicación que sirva para motivar el establecimiento del criterio relativo a la oficina en cuestión. Ante tal omisión, no resulta posible conocer en origen las razones que han llevado al órgano de contratación a incorporar la misma al pliego. Tampoco se deduce la necesidad de tal oficina de la lectura y examen del pliego de prescripciones técnicas.

En definitiva, examinados los pliegos reguladores del contrato, particularmente el objeto del contrato descrito en la cláusula 1 del PCAP (*“El contrato tendrá por objeto la selección de contratista para la contratación del suministro de energía para todos los edificios e instalaciones dependientes del Ayuntamiento y alumbrado público, en los términos del artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP)”*) no se aprecia la razón por la que un criterio de valoración de las ofertas ha de basarse en un elemento de territorialidad que altere la igualdad entre los licitadores a la hora de puntuar sus ofertas, discriminando en consecuencia a los licitadores y restringiendo la competencia, motivo por el que se ha de estimar el recurso declarando la nulidad de los pliegos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M. S. P. P., en nombre y representación de la mercantil ENDESA ENERGÍA, S.A.U., contra los pliegos reguladores de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Crevillent relativa al suministro de energía para todos los edificios e instalaciones dependientes del Ayuntamiento y alumbrado público, expediente 2018/CONT/00010, declarar la nulidad de la cláusula 17.2, A, del PCAP, y el apartado 12.2.1, A, del PPT, en los términos del cuerpo de la presente resolución, con retroacción del procedimiento al momento anterior al de aprobación de los pliegos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 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 la Comunidad Valenciana, 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.