



Recurso nº 1251/2018 C.A. Principado de Asturias 102/2018

Resolución nº 11/2019

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

En Madrid, a 11 de enero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. C. C. en representación de NEXUS ENERGÍA S.A. contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del “*Suministro de energía eléctrica y gas natural para los edificios municipales, años 2019 y 2020*”, expediente AYT/5383/2018, convocado por el Ayuntamiento de Avilés, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Avilés convocó a pública licitación, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el perfil del contratante el día 7 de noviembre de 2018, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 9 de noviembre de 2018, el “*Suministro de energía eléctrica y de gas natural para los edificios municipales (años 2019 y 2010)*”, con un valor estimado de 2.403.759,50 euros.

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, NEXUS ENERGÍA S.A. interpuso el día 28 de noviembre de 2018 recurso especial contra el Pliego de Prescripciones Técnicas, al entender que su Cláusula 3.2 vulnera los artículos 1 y 126 LCSP en relación con los artículos 42 y siguientes de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 2.3 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, en cuanto exige que el adjudicatario disponga de



delegación u oficina en el Concejo de Avilés o dentro de un área de radio no superior a 30 km desde la ciudad de Avilés.

Cuarto. El órgano de contratación emitió informe con fecha de 3 de diciembre de 2018 en el que indicaba que la cláusula controvertida no respondía a motivos de “*arraigo territorial*”, sino que tenía por finalidad la prestación de un servicio de calidad en el suministro y los servicios asociados, acorde con la cuantía y plazo de ejecución del contrato.

Quinto. El 7 de diciembre 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. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 LCSP y la Cláusula Tercera del Convenio de colaboración suscrito por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias el 4 de octubre de 2013 (BOE 28 de octubre de 2013).

Segundo. De acuerdo con el artículo 44.2 a) LCSP 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, “[p]odrá 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.”

No consta si la recurrente ha presentado proposición en el procedimiento. A la fecha de emisión del certificado de no presentación de ofertas (documento 9 del expediente administrativo) no había vencido el plazo para su presentación, pues el anuncio se envió para



su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea el 7 de noviembre de 2018. No obstante, debe recordarse que es doctrina de este Tribunal, contenida entre otras en su Resolución 349/2018, de 6 de abril, que *“en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate”*. En este caso, el recurso se funda, precisamente, en que la cláusula impugnada supone una limitación a la competencia e impide la concurrencia de operadores que no dispongan de un establecimiento en el área en cuestión, como es el caso de la mercantil recurrente. Por tanto, y con independencia de que NEXUS ENERGÍA S.A. haya presentado oferta, o no, debe entenderse que está legitimada para la interposición del recurso al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Quinto. Con relación al fondo, las alegaciones de la recurrente se refieren a la exigencia contenida en el apartado 3.2 PPT, que incluye como una obligación del adjudicatario *“disponer de una delegación o una oficina en el Concejo de Avilés, o en su defecto, dentro de un área de radio no superior a 30 km desde la ciudad de Avilés. Este requisito se entenderá satisfecho a la fecha de formalización del contrato”*. Entiende la recurrente que tal cláusula resultaría contraria al principio de libertad de acceso de las licitaciones de la LCSP, a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios reconocida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado y a la Directiva 2014/24/UE.

El órgano de contratación emitió informe con fecha de 3 de diciembre de 2018 en el que indicaba que la prestación del servicio (que incluye el asesoramiento para, entre otros aspectos, maximizar el ahorro energético y acometer inversiones en las mejoras de la eficiencia energética de las instalaciones incluidas en el contrato) exige conocer y visitar los edificios incluidos en el objeto del contrato, añadiendo que el número de edificios y la cuantía económica de los lotes que constituyen el contrato, así como el plazo de veinticuatro meses, justifican la proporcionalidad de la cláusula recurrida. Asimismo, destacaba que no se exigen



unos requisitos mínimos de personal en la “delegación u oficina” y que tampoco se impone un horario de funcionamiento.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el arraigo territorial en múltiples ocasiones, pero nos interesa traer a colación la reciente Resolución 621/2018, de 29 de junio, que se ocupa de un supuesto muy similar: *“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, como en el supuesto de la resolución citada, la exigencia de una delegación u oficina no se ha configurado como criterio de solvencia ni como criterio de valoración de las ofertas. Se trata de un compromiso de adscripción de medios, pues no es preciso tener abierta oficina alguna sino en el caso de resultar adjudicatario del contrato, de tal suerte que 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. El límite a la exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato resulta de los principios 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. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234/03), señaló que si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentación de las ofertas no vulneraba el principio de libertad de



establecimiento, la obligación de disponer de ella ya en el momento de presentación de la oferta, aunque la existencia de esta oficina se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso firme de tenerla.

Pues bien, el órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal, pone de manifiesto la necesidad de esta cláusula, explicando que la exigencia de una “*mínima presencia física*” responde a la necesidad de prestar un servicio de calidad en el suministro y los servicios asociados (servicios que incluyen el asesoramiento en materia de ahorro y eficiencia energética, lo que exige, como explica el Ingeniero municipal, conocer y visitar los edificios que constituyen el objeto del contrato). Esta cláusula se aplica por igual a todos los licitadores, que deberán disponer de la oficina en el área en el supuesto de resultar adjudicatarios, por lo que no cabe considerarla discriminatoria en absoluto.

Por lo que respecta a la proporcionalidad, justifica el órgano de contratación la inclusión de la cláusula de referencia, explicando que, a fin de no establecer obligaciones inasumibles o arbitrarias, no se han exigido requisitos mínimos de personal ni se ha impuesto horario de funcionamiento alguno; tratándose de una exigencia que guarda relación con la entidad del número de edificios (relacionados en los Anexos I y II del PPT) y la cuantía económica de los lotes.

La doctrina citada por la mercantil recurrente alude a casos distintos del que nos ocupa, pues en las resoluciones citadas se impugnaban criterios de admisión y solvencia de los licitadores, y no compromisos de adscripción de medios, como ocurre en el presente asunto.

Así, las consideraciones anteriores obligan a concluir que el Pliego de Prescripciones Técnicas resulta conforme a Derecho, con lo que el recurso interpuesto debe ser desestimado.

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 interpuesto por D. J. C. C. en representación de NEXUS ENERGÍA S.A. contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del “*Suministro de energía eléctrica y gas natural para los edificios municipales, años 2019 y 2020*”, expediente AYT/5383/2018, convocado por el Ayuntamiento de Avilés.

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento acordada el 7 de diciembre 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 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 del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.