



Recurso nº 1006/2019 y 1009/2019

Resolución nº 1197/2019

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

En Madrid a 28 de octubre de 2019

VISTOS los recursos acumulados interpuestos por D.Y.C.Y.R.L. en representación de LABAQUA, S.A.U y por D.M.D.F.B., en representación de LABORATORIOS TECNOLÓGICOS DE LEVANTE, S.L. S.A.U. contra los Pliegos que han de regir la licitación convocada por la Confederación Hidrográfica del Júcar para contratar los *“servicios de seguimiento y control de los vertidos de aguas residuales y su impacto en las masas de agua continentales en la Demarcación Hidrográfica del Júcar”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En fecha 20 de diciembre de 2018 se aprobó por la Confederación Hidrográfica del Júcar el Pliego tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para la celebración de contratos de servicios a adjudicar por procedimiento abierto. En fecha que no consta se aprobó el Cuadro de características del citado pliego y el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir en la contratación.

Segundo. El 24 de julio de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato. El 30 de julio siguiente se publicó en el Boletín Oficial del Estado.

Tercero. El 7 de agosto de 2019 se interpuso recurso especial en materia de contratación por parte de LABAQUA, S.A.U. El 8 de agosto de 2019 se interpuso recurso especial por parte de LABORATORIOS TECNOLÓGICOS DE LEVANTE, S.L., S.A.U. Ambos recursos tienen el mismo contenido, alegaciones y petición, y se refieren al mismo procedimiento de



contratación, por lo que la Secretaría de este Tribunal acordó la acumulación para sustanciación y decisión conjunta.

Cuarto. Con fecha 23 de agosto de 2019 la Secretaria del Tribunal, en el ejercicio de competencias delegadas, acuerda la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Quinto. Se ha presentado informe por el órgano de contratación frente a las alegaciones que sustentan el recurso interpuesto, en el que sostiene la adecuación a Derecho de las cláusulas controvertidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugnan por parte de D.Y.C.Y.R.L. en representación de LABAQUA, S.A.U y por D.M.D.F.B. en representación de LABORATORIOS TECNOLÓGICOS DE LEVANTE S.L, S.A.U. los Pliegos que han de regir la contratación de los servicios de seguimiento y control de los vertidos de aguas residuales y su impacto en las masas de agua continentales en la Demarcación Hidrográfica del Júcar.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso. Al haberse iniciado el procedimiento de licitación con posterioridad a 9 de marzo de 2018, es de aplicación la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por Ley 9/2017.

Tercero. La legitimación activa viene otorgada por el Artículo 48 LCSP, al estar comprendido dentro del objeto social de la recurrente la actividad a que se refiere el objeto del contrato y haber concurrido a la licitación del mismo sin resultar adjudicatario.

Cuarto. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el Artículo 44 LCSP, al ser de cuantía superior a 100.000 €.

Quinto. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el Artículo 50 LCSP, de quince días hábiles desde la publicación de la resolución de adjudicación.



Sexto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 LCSP

Séptimo. El recurso se funda en la fijación en el Cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de ciertas disposiciones que, a juicio de las entidades recurrentes, imponen el arraigo territorial de los licitadores.

Pues bien, entiende la recurrente que la Cláusula 15.1.1 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares constituye una limitación a la libre concurrencia, al calificarla como una cláusula de arraigo territorial, y en apoyo de su pretensión invoca la Resolución 426/2017 de este Tribunal, en la que se proscribe este tipo de cláusulas de arraigo territorial, al constituir una barrera a la libre prestación de servicios.

Así, la Cláusula 15.1.1 PPT señala que *«el licitador deberá comprometerse a adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales siguientes y los medios personales cuyos perfiles profesionales se señalan a continuación (Artículo 76.2 de la LCSP). Este compromiso tendrá carácter de: Obligación esencial, cuyo incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato*

15.1.1.- MEDIOS MATERIALES:

DESCRIPCION DE LOS MEDIOS

Oficina técnica en Valencia»

La cuestión principal se centra en decidir si esta cláusula limita o impide la libre prestación de servicios y si puede ser calificada o no como una cláusula de “*arraigo territorial*”. Pues bien, la resolución 359/2017 de este Tribunal, con copiosa cita de resoluciones anteriores y de otras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, da cumplida respuesta al litigio planteado, pues señala –en la parte que interesa a la presente reclamación– que

“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». 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 la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, 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 de tenerla.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Resolución 101/2013 dispuso que, “la exigencia de «Delegaciones de Zona”, de resultar exigible, por cumplir con los principios de la contratación pública, sería admisible –bien como compromiso de adscripción de medios a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego de prescripciones técnicas–, siendo intrascendente el título jurídico en cuya virtud se disponga de las citadas “Delegaciones”. Por lo tanto, hay que observar cómo se establece en el pliego para conocer si es ajustado a derecho o no como señala el recurrente (...)”.

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 presente supuesto, el órgano de contratación considera necesario destacar que la sede principal de la Confederación Hidrográfica del Júcar está en Valencia. Y añade que “*el laboratorio de donde realizar las determinaciones (punto 1)*



puede emplazarse en cualquier lugar de la geografía nacional o internacional, así como la sede empresarial. Esto es así porque no afecta a la calidad de trabajo consistente en el análisis del agua ni de la toma de muestra (que se garantiza con la adscripción de las acreditaciones ECAH 17025 y 17020, respectivamente); tampoco afecta al cumplimiento de los plazos. Sin embargo, la toma de muestra requiere de una planificación previa y consulta periódica de documentación técnica obrante en la CH Júcar para poder elaborar los planes mensuales, con los parámetros adecuados. Además, el apartado 5.4 del PPTP describe unos trabajos de asesoramiento técnico y gestión administrativa que deben realizarse en Valencia. Este trabajo técnico--administrativo implica una comunicación continua y en alto porcentaje, presencial, al haber determinados documentos en soporte papel que se custodian en este Organismo, como son las denuncias, y que conllevan actuaciones de toma de muestra de gran urgencia". Y concluye que "resulta vital que el adjudicatario disponga de una oficina técnica en Valencia que permita diligencia en estas labores, especialmente para actuar con celeridad ante la denuncia de un vertido no autorizado que pueda suponer un daño importante para el Dominio Público Hidráulico". De ahí que daba analizarse la proporcionalidad de esta medida, así como su vinculación al objeto del contrato.

El órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal, pone de manifiesto la necesidad de esta Cláusula, al tener como finalidad la adecuada coordinación y comunicación con el adjudicatario.

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, 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. Esta cláusula se aplica por igual a todos los licitadores, que deberán disponer



de la oficina en Valencia en el supuesto de resultar adjudicatarios, por lo que no cabe considerarla discriminatoria en absoluto, máxime cuando si quiera se toma como criterio de valoración. Por lo que respecta a la proporcionalidad, justifica el órgano de contratación la inclusión de la cláusula de referencia en la necesidad de coordinación con el adjudicatario, totalmente adecuado al fin del contrato, pues se trata del servicio de seguimiento y control de los vertidos de aguas residuales y su impacto en las masas de agua continentales en la demarcación hidrográfica del Júcar. Ciertamente, la exigencia de tener una dependencia en Valencia exige al adjudicatario una serie de gastos que se concretan, fundamentalmente, en la propiedad o arrendamiento del local en que se preste el servicio. Sin embargo, esta regla se aplica por igual a todos los licitadores, quienes deberán sufragar un gasto consistente en la adquisición del título de posesión del local en que se presten los servicios. Y aunque también es cierto que para los licitadores establecidos en Valencia el coste será menor que para los que no lo están, no puede exigirse al órgano de contratación que sufrague los gastos necesarios para desplazarse al domicilio del adjudicatario para desarrollar las actuaciones de coordinación; pues se trata de un procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, en el que puede concurrir cualquier licitador, incluso con domicilio en el país más oriental de la Unión Europea. De igual modo que para un contrato de suministro el licitador que tiene su domicilio más próximo al órgano de contratación asumirá menos gastos de transporte del producto objeto de suministro a la sede del órgano de contratación que el que tenga su domicilio más lejano, en el presente supuesto, quien tenga su sede en Valencia probablemente tenga menor gasto por este concepto si ya dispone de un local que destina, además, a otros fines. Sin embargo, esta circunstancia no viene impuesta por el órgano de contratación, sino por la propia naturaleza y ubicación de los elementos que integran el contrato. Y no se le puede exigir, para garantizar la igualdad de todos los licitadores, que adecúe su naturaleza, características y domicilio a las características de los eventuales licitadores. Es el órgano de contratación quien define las características del contrato y el modo en que éste se ha de ejecutar, y no las características de los eventuales licitadores las que delimitan el objeto y modo de ejecución del contrato.

Por todo ello, atendido que la cláusula no exige el establecimiento del adjudicatario en Valencia, sino que deja a salvo la ubicación de su sede central o principal, no puede



considerarse como una cláusula de arraigo territorial del licitador. De hecho, lo único que se exige es que una oficina esté ubicada en Valencia, sin que se exija la disponibilidad de otros medios o recursos en esta sede que no sean los adscritos a la ejecución del contrato. Por ello, se considera que la cláusula es proporcional y está totalmente vinculada al contrato, considerando la exigencia de ubicación de la oficina desde la que se presta el servicio justificada en atención a las necesidades de coordinación en la ejecución del contrato.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.Y.C.Y.R.L. en representación de LABAQUA, S.A.U y por D.M.D.F.B., en representación de LABORATORIOS TECNOLÓGICOS DE LEVANTE, S.L. S.A.U. contra los Pliegos que han de regir la licitación convocada por la Confederación Hidrográfica del Júcar para contratar los *“servicios de seguimiento y control de los vertidos de aguas residuales y su impacto en las masas de agua continentales en la Demarcación Hidrográfica del Júcar”*.

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 vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.