

Recursos 393/2018 y 398/2018**Resolución 100/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 4 de abril de 2019.

VISTAS las reclamaciones en materia de contratación interpuestas por la **CONFEDERACIÓN NACIONAL de la CONSTRUCCIÓN** y por **CONSTRUCOR, ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCIÓN E INFRAESTRUCTURAS DE CÓRDOBA** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “*Servicios de Ejecución de Obras, Reparación de Averías y Trabajos Complementarios en las Redes e Instalaciones de Abastecimiento de Agua y Saneamiento*” (Expte. CC 17/2018), convocado por la entidad pública Empresa Provincial de Aguas de Córdoba-EMPROACSA, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 27 de octubre de 2018, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por



procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En la misma fecha, fue publicado el citado anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea número 2018/S 208-475212.

El valor estimado del contrato asciende a 3.009.000 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante Ley 31/2007) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

TERCERO. Con fecha 16 de noviembre de 2018, se presenta en el Registro electrónico de este Tribunal por parte de la CONFEDERACIÓN NACIONAL de la CONSTRUCCIÓN (en adelante CNC) escrito, que califica como recurso especial en materia de contratación, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) que, entre otros, rige el procedimiento de licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución. En el ámbito de este Tribunal, dicho escrito ha sido considerado como una reclamación en materia de contratación, pues nos encontramos en el ámbito de la Ley 31/2007, y se le ha asignado el número 393/2018.

La reclamante, la CNC, solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

Posteriormente, con fecha 19 de noviembre de 2018, se presenta, en formato papel, en el registro de este Tribunal por parte de CONSTRUCOR, ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCIÓN E INFRAESTRUCTURAS DE CÓRDOBA (en adelante CONSTRUCOR) escrito, que califica como recurso especial en materia de contratación, contra el PCAP que, entre otros, rige el procedimiento de licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución. En el ámbito de este Tribunal, dicho escrito ha sido considerado como una reclamación en materia de contratación,



pues nos encontramos en el ámbito de la Ley 31/2007, y se le ha asignado el número 398/2018.

En adelante, nos referiremos a cada pretensión a través del número asignado.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 19 de noviembre de 2018, se le da traslado a la entidad contratante de la reclamación 393/2018 y se le solicita que remita el informe, el expediente de contratación, las alegaciones a la medida cautelar de suspensión solicitada por la reclamante y el listado de empresas licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Tiene entrada dicha documentación en este Tribunal el 21 de noviembre de 2018, salvo la referida al listado de licitadoras, por no haber finalizado aún el plazo de presentación de proposiciones y, a la fecha de la remisión del resto de la documentación por la entidad contratante, no haber sido presentada proposición alguna por parte de ninguna empresa licitadora.

Con respecto a la reclamación 398/2018, la Secretaría del Tribunal, el 20 de noviembre de 2018, le da traslado a la entidad contratante y le solicita que remita el informe, el expediente de contratación y el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Tiene entrada dicha documentación en este Tribunal el 22 de noviembre de 2018, salvo la referida al listado de licitadoras, por no haber finalizado aún el plazo de presentación de proposiciones y, a la fecha de la remisión del resto de la documentación por la entidad contratante, no haber sido presentada proposición alguna por parte de ninguna empresa licitadora.

Con fecha 3 de diciembre de 2018, una vez finalizado el plazo de presentación de proposiciones, la Secretaría del Tribunal requiere a la entidad contratante listado en el que conste todas las entidades licitadoras, teniendo entrada dicha documentación en este Tribunal el 7 de diciembre de 2018.



QUINTO. Con fecha 22 de noviembre de 2018, la Secretaría del Tribunal comunica a la CNC, en relación con la reclamación 393/2018, que deberá aportar en el plazo de tres días hábiles declaración responsable sobre la vigencia del poder otorgado a P.C.F.A. y copia de los estatutos sociales vigentes de la Confederación Nacional de la Construcción.

Con fecha 27 de noviembre de 2018, la reclamante presenta la documentación requerida.

Con respecto a la pretensión 398/2018, la Secretaría del Tribunal comunica a la reclamante CONSTRUCOR, con fecha 20 de noviembre de 2018, que deberá aportar en el plazo de tres días hábiles, poder en favor de F.C.C.

Con fecha 22 de noviembre de 2018, la reclamante presenta la documentación requerida.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría de este Tribunal de 10 de diciembre de 2018, se dio traslado de las reclamaciones 393/2018 y 398/2018, a las empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Con fecha 13 y 16 de diciembre de 2018, la empresa CONSTRUCCIONES SAMUGON, S.L, presenta en el registro telemático de este Tribunal, escritos de alegaciones a las reclamaciones 393/2018 y 398/2018, respectivamente.

SÉPTIMO.- Por resolución de este Tribunal, de 30 de noviembre de 2018, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación, solicitada por la CNC en la reclamación 393/2018.

OCTAVO. En la tramitación de las dos reclamaciones se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo



106.1 de la Ley 31/2007, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por remisión del artículo 101.1 de la Ley 31/2007, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el presente supuesto la actuación impugnada procede de una entidad pública empresarial que se rige por la citada Ley 31/2007, cuyo artículo 3 dispone en su apartado primero que *“Quedarán sujetas a la presente ley, siempre que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 7 a 12, las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas y las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 4”*.

Por su parte, el apartado primero de la disposición adicional segunda del mismo texto legal dispone que *“Se entenderán como entidades contratantes a efectos del artículo 3, con carácter enunciativo y no limitativo, las que se enumeran a continuación:*

1. Entidades contratantes del sector de la producción, transporte o distribución de agua potable:

(...)

Otras entidades públicas dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales y que operan en el ámbito de la distribución de agua potable.



(...)”.

En este sentido, la entidad pública EMPRESA PROVINCIAL DE AGUAS DE CORDOBA, S.A. (en adelante EMPROACSA) ostenta la condición de entidad contratante de las previstas en la Ley 31/2007 conforme a sus estatutos que disponen que *“Constituye el objeto social de la Empresa Provincial de Aguas de Córdoba, S.A. cuantas actividades estén encaminadas a la gestión y administración del ciclo integral del agua, con destino a usos domésticos, industriales o urbanos de cualquier tipo (...)”*.

De la citada entidad pública empresarial, es accionista al cien por cien la Diputación Provincial de Córdoba, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución de la reclamación en materia de contratación interpuesta del convenio, a tales efectos, formalizado el 16 de enero de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Córdoba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO.- Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de las reclamantes en ambas reclamaciones, que se interponen contra el PCAP. La entidad contratante sostiene que ambas carecen de ella.

Al respecto, el artículo 102 de la Ley 31/2007 establece que *“Podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*.

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la



233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación y de la reclamación interpuesta al amparo de la Ley 31/2007, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación reclamante. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan la reclamación interpuesta.

Ambas reclamaciones se interponen contra el PCAP por entender que estos son discriminatorios y limitan la concurrencia.

Al respecto, debe indicarse que conforme a sus estatutos, CNC como asociación máxima de representación y defensa de los legítimos intereses de sus miembros y del desarrollo de la economía sectorial, tendrá entre otros fines fundamentales el de actuación ante los poderes públicos en situaciones que puedan afectar al sector.

Por su parte, y de acuerdo con la información que consta en el expediente, CONSTRUCOR, como asociación de empresarios, ostenta la representación de las empresas cordobesas del sector y tiene como principales objetivos defender los intereses de sus asociados, representarlos en las instituciones y organizaciones correspondientes y trabajar por su reconocimiento reivindicando la aportación de las empresas a la sociedad a través de su actividad económica y creación de empleo.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostentan ambas asociaciones reclamantes en el ejercicio de la representación y defensa de sus



asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 102 de la Ley 31/2007.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si ambas reclamaciones se refieren a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de reclamación en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 31/2007.

La Ley 31/2007 en la letra d) del citado artículo 2, punto 1, dispone que se entenderá por contratos de servicios: *“los contratos distintos de los contratos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios mencionados en el anexo II”*. En este anexo II se encuentran, entre otros, los servicios de mantenimiento y reparación, entre los cuales tendría cabida el objeto del contrato que nos ocupa.

Por ello, podemos concluir que el objeto de la presente licitación es un contrato de servicios, circunstancia que no cuestionan las reclamantes, cuyo valor estimado es superior a 443.000 euros, convocado por una entidad contratante de las previstas en el artículo 3.1 de la Ley 31/2007 y el objeto de la reclamación es el PCAP, por lo que el acto recurrido es susceptible de reclamación en materia de contratación al amparo de los artículos 16 a) y 101 y siguientes de la Ley 31/2007.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición de ambas reclamaciones, el artículo 104.2 y 3 de la Ley 31/2007 dispone que: *“2. El procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el «Diario Oficial de la Unión Europea» cuando se interponga contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.*



3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolver la reclamación.”

En el supuesto examinado, la publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante se produjo el 27 de octubre de 2018, por lo que, al haberse presentado en el registro electrónico de este Tribunal la reclamación 393/2018 el 16 de noviembre de 2018 y la reclamación 398/2018 el 19 de noviembre del citado año, ambas se han interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. De conformidad con lo previsto en los artículos 105 de la Ley 31/2007 y 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia de 6 de mayo de 2011 (Roj STS 2649/2011), este Tribunal dispone la acumulación de las reclamaciones números 393/2018 y 398/2018, al ser este Órgano quien tramita y resuelve el procedimiento de reclamación, y al guardar ambas entre sí íntima conexión por haber sido interpuestas en el mismo procedimiento de licitación y contra el mismo acto, este es el PCAP.

SEXTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión, procede el examen de las cuestiones de fondo suscitadas en ambas reclamaciones.

Con respecto a la reclamación 393/2018, la CNC sostiene que el PCAP contiene cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico. Se refiere concretamente a los apartados 1 (Medios de la empresa para la prestación del servicio) y 3 (Implantación de la empresa en la zona del lote del servicio) del anexo III y al anexo IX (certificación de personas trabajadoras con discapacidad), solicitando la reclamante que se declaren nulos por este Tribunal.



La reclamación se fundamenta en que lo que la entidad contratante pretende con la incorporación de los apartados 1 y 3 del anexo III es favorecer a las empresas radicadas en el territorio; así, por una parte, se valoran los medios materiales e instalaciones de la empresa para la prestación del servicio distinguiendo entre si son en propiedad o contratados con terceros y, por otra, se valora el historial de las obras llevadas a cabo por la empresa en la zona objeto del lote en los últimos cinco años. Sostiene que se vulneran: los principios de acceso a la licitación en condiciones de igualdad; la vinculación al objeto del contratos; el derecho de la Unión Europea en lo referente a la libre prestación del servicio; y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante LGUM) en cuanto a la garantía de las libertades de los operadores económicos. La reclamante sostiene que la exigencia previa de instalaciones en la zona para licitar es discriminatorio, y que para evitar discriminar a las licitadoras se debería exigir estas instalaciones a la entidad que resulte adjudicataria y como condición de ejecución; menos aún -continúa la reclamante- procede que, siendo la exigencia de medios e instalaciones un criterio de valoración de oferta, se exija que se diferencie si estos lo son en propiedad o no y menos aún que se pueda dar más puntuación a licitadores con instalaciones en propiedad en la zona de ejecución de los trabajos.

En cuanto al anexo IX, sostiene que el modelo de certificado planteado por la entidad contratante no es acorde con lo preceptuado en la normativa vigente. La reclamante plantea que la redacción dada al anexo IX no tiene en cuenta la correcta interpretación que, en esta materia de cómputo de trabajadores con discapacidad y del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Persona con Discapacidad y de su Inclusión Social, tiene la Inspección de Trabajo y alude al Criterio Técnico Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social N.º 98/2016. El problema, dice, es que en el anexo IX se exige un porcentaje y como ha indicado antes, esto va en contra de lo señalado por la



Inspección de Trabajo que lo interpreta en tramos de números de trabajadores.

Frente a tales alegatos la entidad contratante evacua el informe a la reclamación oponiéndose a las pretensiones de la misma. Con respecto al apartado 3, del anexo III, manifiesta lo siguiente:

“Los servicios requeridos para el contrato, tanto a nivel de reparaciones de averías como de ejecución de pequeñas obras, en infraestructuras indispensables para la prestación de un servicio público básico para la población como son las redes de abastecimiento público de agua y las de saneamiento (estas últimas sobre todo desde el punto de vista medioambiental) implican que, dado su carácter generalmente urgente y para poder afrontarlas con éxito, la empresa encargada de su realización tenga un buen conocimiento de dichas redes, no sólo desde el punto de vista de la topología de la red y sus características sino también del entorno. Respecto a este último aspecto, el conocimiento de las vías, caminos y puntos de acceso a la amplia red de abastecimiento y saneamiento se hace necesario, siendo por tanto altamente recomendable que la empresa encargada de estos trabajos esté implantada en la zona y conozca adecuadamente el entorno en que ha de desenvolverse, ya que los tiempos de respuesta son determinantes para minimizar la duración de la avería y, por consiguiente, los eventuales cortes de suministro a la población, los daños a terceros (a viviendas, infraestructuras, etc.) o, en el caso de las redes de saneamiento, los posibles vertidos contaminantes.

(...)

Por ello, reiteramos que dadas las características específicas del servicio cuya contratación se pretende y la necesidad de indudable interés general de proporcionar un servicio público básico a la población (como es el abastecimiento de agua y saneamiento) en condiciones idóneas, resulta altamente recomendable para dar una repuesta rápida y de calidad en su prestación ante las numerosas intervenciones que lleva aparejadas el contrato de servicios en cuestión, la integración de recursos con un elevado nivel de conocimiento de las redes y que acrediten el mismo en base a actuaciones realizadas sobre las mismas”.

Con respecto a lo establecido en el apartado 1 de dicho anexo III, la entidad



contratante dice:

“Por tanto, en línea con la mencionada resolución (se refiere a la Resolución 467/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractual) resulta perfectamente justificable la valoración de la disposición de instalaciones por parte del licitador en la zona, (...) para dar inmediata respuesta a las necesidades del servicio.

Debe insistirse en que el objeto del contrato que se licita es preciso para la conformación de la atención de un servicio público supramunicipal de especial trascendencia como ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional: “la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar o, dicho, con otras palabras, cuando la renuncia a estos bienes, servicios o actividades priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social” (STC 185/95). Por ello, son exigibles a los contratistas que resultaran seleccionados en el proceso licitador requerimientos que garanticen respuestas inmediatas ante situaciones de averías en redes municipales precisadas, con carácter general, de una atención continua por soportar vastos periodos de funcionamiento, en poblaciones de escasa población diseminadas en un ámbito territorial extenso como constituye la provincia de Córdoba, ámbito global en el que EMPROACSA desarrolla su labor de gestión pública de los servicios esenciales relacionados con el ciclo hidráulico, agravándose aún más el compromiso, por sus posibles derivaciones que pueden alcanzar incluso responsabilidades penales medioambientales, cuando puedan producirse averías en las redes de saneamiento que generen vertidos contaminantes, como decíamos.

(...)

Como conclusión, y en línea con lo expuesto, entendemos que no cabe conceptualizar los criterios de valoración recurridos como criterios de arraigo territorial contrarios a Derecho y de carácter discriminatorio, sino como criterios sustentados en razones de interés general para garantizar el más idóneo funcionamiento de un servicio básico para la población y minimizar el impacto en la misma de contingencias tales como la duración de averías y, por consiguiente, los eventuales cortes de suministro a la población, los daños a terceros (a viviendas, infraestructuras, etc.) o, en el caso de las redes de saneamiento, los posibles vertidos contaminantes.”



Con respecto a las observaciones realizadas al anexo IX por la reclamante, la entidad contratante manifiesta que *“La invocación por parte de la recurrente de un criterio técnico de la Inspección de Trabajo sobre “Actuaciones de la ITSS en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad” no implica el desplazamiento de la obligación legal contenida en la mencionada normativa y, por tanto, no exime a los licitadores de su cumplimiento (...)”*.

Por último, la empresa CONSTRUCCIONES SAMUGON, S.L, que presenta alegaciones, considera que el PCAP impugnado no contiene cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico.

Con respecto a la reclamación 398/2018, CONSTRUCOR sostiene que algunas cláusulas del PCAP vulneran o infringen los principios generales básicos y fundamentales que deben regir la contratación en el ámbito del sector público y, en concreto, se refiere a los apartados 1, 3 y 4 (Cobertura para trabajos de excavaciones y movimientos de tierra) del anexo III. La reclamante manifiesta que la vigente LCSP *“consagra el principio de libertad de pactos según el cual los órganos contratantes pueden incluir una pluralidad de criterios para valorar las ofertas de los licitadores y proceder a la adjudicación del contrato. Sin embargo, esta potestad que la norma les reconoce no les confiere un poder omnímodo o absoluto, en tanto en cuanto su ejercicio queda sometido al interés público y al ordenamiento jurídico, para lo cual establece una serie de principios básicos que operan como límites (...)”*. Continúa indicando que los criterios de adjudicación cuya nulidad se propugna carecen de vinculación alguna con el objeto del contrato y las prestaciones que lo definen. Por todo ello, solicita la declaración de nulidad de los apartados 1, 3 y 4 del anexo III por infracción de lo dispuesto en los artículos 1 y 145.5 de la Ley 9/2017.

Frente a tales alegatos la entidad contratante evacua el informe al recurso. Con respecto a las observaciones a los apartados 1 y 3 del anexo III, ténganse por reproducida las mismas argumentaciones realizadas en relación con la reclamación 393/2018, expuestas con anterioridad. Con respecto al apartado 4



del citado anexo sostiene la entidad contratante que *“resulta justificada su inclusión toda vez que mediante el mismo se persigue la valoración de los medios materiales a nivel de maquinaria propuestos por el licitador para excavaciones y movimientos de tierra, dada la importancia y frecuencia con que se desarrollan estos trabajos durante la ejecución del contrato.”*

Por último, la empresa CONSTRUCCIONES SAMUGON, S.L, que presenta alegaciones, considera que el PCAP impugnado no contiene cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico.

SÉPTIMO. Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento de derecho, procede su examen.

Con carácter preliminar, aun cuando las reclamantes no lo cuestionan, es preciso aclarar el régimen jurídico aplicable al contrato. En este sentido, este Tribunal entiende que es de aplicación la citada Ley 31/2007, en contra de lo manifestado en el PCAP en que se dispone que lo es la LCSP. Y ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de aquella, que dispone lo siguiente: *«Objeto de la Ley. La presente ley [31/2007] tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que se recogen en el artículo 3.1 que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales, tal como se concreta en los artículos 7 a 12, cuando su importe sea igual o superior al que se establece, respecto de cada tipo de contrato, en el artículo 16.»*

Así las cosas, conforme a dicho artículo, y examinado en los fundamentos de derecho primero y tercero de la presente resolución que EMPROACSA es una entidad contratante que opera en el sector de la producción, transporte o distribución de agua potable y que la presente licitación corresponde a un contrato de servicios con un valor estimado superior al previsto en el artículo 16



de dicha Ley 31/2007, ha de concluirse que al procedimiento de adjudicación que se analiza le es de aplicación dicha Ley.

No obstante, y como se ha expuesto, tanto la entidad contratante como las reclamantes parten de la aplicación a la presente licitación de la LCSP, régimen legal que como se ha expuesto no es de aplicación al caso examinado. Sin embargo, este Tribunal, en aplicación del principio de congruencia (artículo 106.2 de la Ley 31/2007), no puede pronunciarse anulando un determinado acto cuando tal pretensión no ha sido planteada por las reclamantes, por más que las dudas sobre la legalidad del mismo sean evidentes.

Con respecto a la controversia planteada, los apartados 1 (medios de la empresa para la prestación del servicio), 3 (implantación de la empresa en la zona del lote del servicio) y 4 (cobertura para trabajos de excavaciones y movimientos de tierra) del anexo III del PCAP, presentan la siguiente redacción:

“ANEXO III. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y BAREMOS DE VALORACIÓN

A. CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE UN JUICIO DE VALOR

MÁXIMO DE PUNTOS POSIBLES

La puntuación máxima correspondiente a los criterios de adjudicación cuya ponderación dependen de un juicio de valor es: 40 puntos

CRITERIOS DE VALORACIÓN Y PUNTUACIÓN MÁXIMA ASIGNADA

1. Medios de la empresa para la prestación del servicio

*Puntuación máxima correspondiente a este criterio: **9 puntos.***

Se valorará atendiendo a la descripción de los medios humanos y materiales con que cuenta la empresa para la prestación del servicio. Los medios materiales: equipos, maquinaria (a excepción de la de excavaciones y movimiento de tierras que se valora aparte), otros medios técnicos e instalaciones, se diferenciarán según sean en propiedad o contratados con terceros.



En los recursos humanos se tendrá en cuenta la organización y cualificación profesional de los trabajadores (formación y experiencia), diferenciando empleados de la empresa y de servicios externos contratados.

2. Certificados de empresa

*Puntuación máxima correspondiente a este criterio: **4 puntos***

Se valorarán los certificados de implantación en la empresa de sistemas de: Gestión de la Calidad conforme a la Norma UNE-EN ISO 9001, Gestión Medioambiental conforme a la Norma UNE-EN ISO 14001, y Gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo conforme a la Norma OHSAS 18001; referidos a los servicios y actividades objeto del contrato.

3. Implantación de la empresa en la zona del lote del servicio

*Puntuación máxima correspondiente a este criterio: **16 puntos***

Se valorará atendiendo al historial de obras de abastecimiento y saneamiento y servicios relacionados llevados a cabo por la empresa en la zona objeto del lote durante los últimos cinco años, y a la disponibilidad en dicha zona de oficinas e instalaciones de la empresa con las que prestará el servicio. El licitador deberá aportar documentación suficiente que acredite su propiedad o derecho sobre dichos inmuebles y el uso al que los destina.

4. Cobertura para trabajos de excavaciones y movimientos de tierra

*Puntuación máxima correspondiente a este criterio: **11 puntos***

Se valorará la maquinaria dispuesta por la empresa para excavaciones y movimientos de tierras, diferenciando entre medios propios y subcontratados. El licitador deberá aportar documentación suficiente que acredite los que son de su propiedad, y acuerdos firmados con una o varias empresas de la zona de manera que se garantice la atención de los trabajos en el tiempo máximo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares”.

Ambas reclamantes cuestionan los apartados 1 y 3, por entenderlos contrarios a Derecho, por infringir lo establecido en los artículos 1 y 145 de la LCSP y los artículos 9 y 18 de la LGUM. Añadiendo la reclamante CNC que los criterios de arraigo, como criterios de valoración de la oferta, son discriminatorios.



Frente a tal alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso, esgrimiendo que los criterios impugnados están justificados para garantizar la prestación correcta del contrato, y lo justifica en el hecho de encontrarnos en la prestación de un servicio público que afecta al interés general.

Al respecto, es abundante la doctrina de este Tribunal (por todas, la Resolución 83/2017, de 2 de mayo) y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales (v.g. Resolución 405/2018, de 23 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Acuerdo 91/2018, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, entre otras muchas) así como la Jurisprudencia nacional y europea acerca de la prohibición de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en la licitación o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial.

En tal sentido, resultan ilustrativas las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005 (asuntos C-158/03 y C-234/03) que trataron 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 estas sentencias, el TJUE expuso las condiciones para apreciar si la medida adoptada por el Estado vulneraba los principios del Tratado. Así, en el asunto C-234/03 el TJUE dispuso que *“De las consideraciones anteriores se desprende que el artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos*



adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.”

Resulta evidente, por tanto, que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que los mismos estén justificadas por razones de interés general.

En el supuesto analizado, la previsión de una puntuación máxima de 9 puntos en el apartado 1, que valora de manera diferenciada, en atención a si son en propiedad o contratados con terceros, los medios materiales (equipos, maquinarias, otros medios técnicos e instalaciones) y requiere incluir en el sobre 2, como documentación acreditativa de ello, memoria descriptiva de los medios materiales de que dispone la empresa para desarrollar la actividad objeto del contrato en la zona y memoria descriptiva de la organización de la empresa en la zona del lote al que se opta; y 16 puntos en el apartado 3, con base en criterios que descansan en la tenencia de experiencia en obras de abastecimiento y saneamiento en la zona y en la disposición de oficinas e instalaciones en dicha zona coloca en posición de clara ventaja a aquellas entidades licitadoras que tengan presencia en la zona geográfica establecida, en detrimento del resto de empresas que no dispongan de presencia en el territorio.



Así pues, siendo innegable que los criterios de adjudicación impugnados sacrifican objetivamente los principios de libre concurrencia y de igualdad consagrados en los artículos 1 y 145 de la LCSP, la cuestión a dilucidar es si, como criterio de adjudicación, resultan absolutamente imprescindibles para alcanzar el objetivo perseguido con el contrato; es decir, en términos de la sentencia parcialmente reproducida del TJUE, si van o no más allá de lo necesario para garantizar el fin pretendido con la licitación.

El objeto del contrato, conforme a la cláusula 1 del PPT, es la ejecución de obras, reparación de averías y trabajos complementarios en las redes y demás instalaciones de abastecimiento de agua y saneamiento que gestiona EMPROACSA. El mismo se divide en cinco lotes en función de diversas áreas geográficas: Lote 1, zona Guadajoz/ Subética; Lote 2, Alto Guadalquivir; Lote 3, zona Campiña; Lote 4, zona Guadiato; y Lote 5, zona los Los Pedroches.

Así las cosas, siendo indudable la importancia que puede tener, para afrontar con éxito las averías generalmente urgentes, que la empresa encargada de su realización tenga un buen conocimiento de dichas redes, no sólo desde el punto de vista de la topología de la red y sus características sino también del entorno, ello no implica que, en todo caso, tales objetivos solo puedan conseguirse a través de empresas que dispongan, en el momento de licitar, de implantación geográfica en la zona y de experiencia en obras similares en la zona.

En efecto, si la implantación en la zona geográfica fuera absolutamente necesaria a juicio de la entidad contratante para la adecuada prestación del servicio, y tal extremo se justificase adecuadamente en el expediente de contratación o en los pliegos, aquella siempre podría exigirse como condición de ejecución a la entidad adjudicataria del contrato, sin tener que acudir a circunstancias de arraigo territorial de las potenciales licitadoras en el momento de presentación de las ofertas. Sentado este extremo, y a la vista de la doctrina



citada debemos concluir que dicha previsión es contraria a derecho y contraviene los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación.

Por otra parte, la CNC, y también con respecto a los citados apartados del anexo III, alega vulneración de la LGUM, y en concreto, de sus artículos 9 y 18. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la doctrina expuesta con anterioridad -acerca de la proscripción de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial- tiene su plasmación positiva en el artículo 18.2.a) de la LGUM, en el que se afirma que *“serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación (...) los actos, disposiciones y medios (...) que contengan o apliquen: a) Requisitos discriminatorios (...) para la adjudicación de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular: 1º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en territorio de la autoridad competente o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio”*.

Asimismo, el artículo 9.1 de la LGUM dispone que *“Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia”* y su apartado 2 c) señala que *“En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:*

c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos”.



Como podemos apreciar, la LGUM introduce previsiones dirigidas a las autoridades competentes -en lo que aquí interesa, a los órganos de contratación- a fin de que las mismas velen para que en la documentación de los contratos públicos quede garantizado el principio de igualdad de trato, evitando el establecimiento de requisitos discriminatorios como la disposición de establecimientos físicos en el territorio de aquellas.

Desde esta óptica, y aun cuando no hace falta acudir a la citada LGUM, por cuanto la propia LCSP consagra igualmente los principios de libre acceso, igualdad de trato y proporcionalidad en sus artículos 1 y 145, debe concluirse que la cláusula impugnada vulnera los postulados de la LGUM en los términos expuestos.

Procede, pues, estimar ambas reclamaciones en cuanto a lo expuesto hasta aquí y anular, en cuanto a los criterios evaluables mediante un juicio de valor, los apartados 1 y 3 del anexo III del PCAP, en cuanto introducen condiciones de arraigo territorial contrarias al principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras, sin que tampoco se halle convenientemente justificada la necesidad de concurrencia de cada una de esas condiciones en el momento de presentación de las ofertas para el cumplimiento de los fines del contrato, pudiendo alcanzarse esos objetivos o fines previendo en los pliegos condiciones de ejecución al contratista en los términos expuestos anteriormente.

Con respecto al apartado 4 del anexo III, solo la reclamación 398/2018 se refiere al mismo. La reclamante plantea de manera conjunta y unificada que los apartados 3 y 4 del anexo III del PCAP vulneran los principios generales básicos y fundamentales que deben regir la contratación en el ámbito del sector público, centrando la argumentación jurídica en lo dispuesto en el apartado 3, ya analizado ut supra, sin aportar argumentación alguna concreta respecto al apartado 4. Tal proceder determina que el motivo de la reclamación analizado



carezca de la fundamentación necesaria, dejando al Tribunal no solo la decisión de la controversia, sino la construcción del argumento sobre el que debe asentarse la misma, sin que la parte haya argumentado su propia postura. Por lo tanto, procede la desestimación de la reclamación, en cuanto al apartado 4 del anexo III del PCAP, por ausencia de argumentación jurídica de la reclamante. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 226/2018.

Con respecto al anexo IX (certificación de personas trabajadoras con discapacidad) se trata de un modelo de certificación en el que se recoge distinta información relativa al número de trabajadores con que cuenta la empresa en su plantilla, el número de personas trabajadoras con discapacidad y el porcentaje correspondiente, todo ello de acuerdo con la normativa vigente.

Recordemos que el mandato del artículo 49 de la Constitución para que los poderes públicos realicen una política orientada a la integración social de las personas con discapacidad ha sido desarrollado a través de diferentes normas que han incluido numerosas previsiones en materia de acceso al empleo, fomento de la contratación y condiciones de trabajo. Concretamente, el artículo 42.1 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, regula qué empresas están obligadas a contratar personas con discapacidad, la cuota de reserva y sobre qué plantilla se calcula. Así, dicho apartado establece *“Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. (...)”*.

La obligación de cuota de reserva ha sido objeto de atención por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a medida que se ha incorporado como objetivo prioritario en los Planes Territoriales de Inspección acordados en varias Comunidades Autónomas. Las actuaciones realizadas por la Inspección han



puesto de manifiesto la complejidad en la interpretación de las normas aplicables y, en consecuencia, las numerosas consultas planteadas por las empresas y las unidades de inspección. En este contexto, se dicta el Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Así, en el punto II del referido Criterio Técnico, apartado 4 subapartado 1, se indica que la aplicación de un porcentaje sobre una cifra exacta puede arrojar un número exacto o un número con decimales. Para calcular el 2% la norma no concreta de forma directa si se debe computar la fracción como uno más (redondeo al entero por exceso) o si debe desecharse la misma (redondeo al entero por defecto). No obstante, -dice el Criterio Técnico- que *“debe realizarse una interpretación finalista de la norma, de manera que al contemplar la misma que están obligadas las empresas con “50 o más trabajadores” la intención del legislador es la siguiente: empresas de menos de 50 trabajadores, o trabajadores de cuota; de 50 a 99, un trabajador; de 100 a 149, dos, y así, sucesivamente de 50 en 50, de manera que hasta que no se completan otros 50 trabajadores no surge la obligación de contratar a uno más. En definitiva, el redondeo debe ser a la baja (...)”*.

Por lo tanto, el modelo de certificado no vulnera lo dispuesto en la normativa vigente y los datos en él recogidos se interpretaran de acuerdo con el Criterio Técnico citado. Procede por ello, desestimar la reclamación 393/2018, en cuanto a lo referido al anexo IX del PCAP, por ser ajustado a derecho.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente las reclamaciones en materia de contratación números 393/2018 y 398/2018 interpuestas por la



CONFEDERACIÓN NACIONAL de la CONSTRUCCIÓN y por **CONSTRUCOR, ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCIÓN E INFRAESTRUCTURAS DE CÓRDOBA**, respectivamente, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “*Servicios de Ejecución de Obras, Reparación de Averías y Trabajos Complementarios en las Redes e Instalaciones de Abastecimiento de Agua y Saneamiento*” (Expte. CC 17/2018), convocado por la entidad pública Empresa Provincial de Aguas de Córdoba-EMPROACSA y, en consecuencia, anular el mismo en cuanto a los apartados 1 y 3 del anexo III, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 106.4 de la Ley 31/2007, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptado por este Tribunal mediante Resolución de 30 de noviembre de 2018.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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

