

Recurso 132/2020

Resolución 307/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 17 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la persona física **A.B.O.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicios jurídicos para la defensa de los intereses de Aguas del Torcal, S.A.” (Expte. 6/2020), convocado por la EMPRESA MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO DE AGUAS DE ANTEQUERA, AGUAS EL TORCAL, S.A., ente instrumental adscrito al Ayuntamiento de Antequera (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de marzo de 2020 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

Posteriormente, en lo que aquí interesa, el 11 de mayo de 2020, se publicó en dicho perfil de contratante rectificación del citado anuncio de licitación en el que, entre otras cuestiones, se da un nuevo plazo de

presentación de ofertas y se ponen a disposición de las entidades interesadas en el citado perfil el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales.

El valor estimado del contrato asciende a 151.250,00 euros, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento no se encontraba la ahora recurrente, según consta en el expediente de contratación remitido por la entidad contratante.

SEGUNDO. Con fecha 1 de junio de 2020, se presenta en el Registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la persona física A.B.O. (en adelante ABO) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución.

TERCERO. Por la Secretaría del Tribunal, el 4 de junio de 2020, se le da traslado a la entidad contratante del escrito de interposición y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada posteriormente dicha documentación en este Tribunal, salvo el listado de entidades licitadoras que tras la finalización del plazo de presentación de ofertas y previa petición, tuvo entrada en este Órgano el 26 de junio de 2020.

CUARTO. Por Resolución de este Tribunal, de 26 de junio de 2020, se adopta la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente.

QUINTO. Con fecha 1 de julio de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición a las entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndose presentado en el plazo establecido las aportadas por la entidad CAYETANO RENGEL, S.L. y por la persona C.P.C.



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 120.1 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, en relación a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante Ley de los Sectores Especiales), y 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.

En el presente supuesto la actuación impugnada procede de una sociedad mercantil local que se rige por la citada Ley de Sectores Especiales, cuyo artículo 5.1 dispone que «*Quedan sujetas al presente real decreto-ley las entidades contratantes que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14. Asimismo, quedarán sujetas al presente real decreto-ley las asociaciones formadas por varias entidades contratantes.*».

En este sentido, el artículo 8 de la citada ley dispone lo siguiente:

«1. *El presente real decreto-ley se aplicará a las actividades siguientes:*

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable.

b) El suministro de agua potable a dichas redes.

2. *El presente real decreto-ley se aplicará, asimismo, a los contratos y a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1, siempre y cuando tales contratos estén relacionados con alguna de las actividades siguientes:*

a) Proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, a condición de que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 por ciento del volumen de agua total disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje.

b) La evacuación o tratamiento de aguas residuales.



3. No se considerará como una actividad con arreglo al apartado 1 el suministro de agua potable a redes destinadas a prestar un servicio al público por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a) Que la producción de agua potable por parte de la entidad de que se trate se realice porque su consumo sea necesario para el ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en los artículos 8 a 11.
- b) Que la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad contratante y no haya superado el 30 por ciento de la producción total de agua potable de la entidad contratante tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso.».

En este sentido, AGUAS EL TORCAL ostenta la condición de entidad contratante de las previstas en la Ley de Sectores Especiales conforme a sus estatutos, que disponen que constituye su objeto social -entre otros- «la gestión y administración del ciclo integral del agua, con destino a usos domésticos, industriales y agrícolas. La regulación de los recursos hidráulicos necesarios, incluyendo el tratamiento y depuración, alcantarillado, en su caso, y el vertido a cauce público de las aguas residuales».

Además, el capital social de la mencionada entidad está íntegramente suscrito por el Ayuntamiento de Antequera. Sobre lo anterior, el mencionado Ayuntamiento no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por lo que al haberse remitido a este órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso, se concluye que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía es el competente para resolver los recursos y reclamaciones contra actos dictados en el ámbito de la citada Corporación local y sus poderes adjudicadores adscritos, como, en este caso, es la entidad contratante.

Por otra parte, respecto al objeto de la licitación, conforme se describe en la cláusula 5 del pliego de prescripciones (PPT) «Los trabajos que tendrán que realizar la asistencia jurídica serán, con carácter meramente enunciativo, las siguientes:

- a. La prestación de asesoramiento jurídico consistirá en la realización de consultas o informes escritos solicitados por parte de Aguas del Torcal S.A. y revisión de aquellas actuaciones concretas que se soliciten.
- b. Asistencia jurídica a Aguas del Torcal S.A. en los procedimientos de licitación y en los mecanismos de revisión de cumplimiento de contratos adjudicados.



c. El asesoramiento jurídico a realizar por parte del Adjudicatario incluirá la orientación y asistencia preprocesal y procesal de situaciones litigiosas en las que Aguas del Torcal S.A. pudiera incurrir.».

En este sentido, conforme al objeto del contrato, a la presente licitación le es de aplicación uno de los supuesto previstos en el artículo 20 de la Ley de Sectores Especiales «*Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios y de concesión de servicios.*». En concreto, su apartado c) excluye de la aplicación de la citada ley a los contratos que las entidades contratantes celebren y tengan por objeto alguno de los siguientes servicios jurídicos:

«1.º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o en una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

2.º El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado.

3.º Los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público.

4.º Los servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos prestadores sean designados por un órgano jurisdiccional o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.

5.º Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.».

Así pues, teniendo en cuenta que muchas de las prestaciones del contrato tienen por objeto algunos de los servicios jurídicos descritos, al menos los recogidos en los apartados 2º y 5º, del citado artículo 20.c) de la Ley de los Sectores Especiales, a dicho contrato no le es de aplicación la mencionada norma, regulándose por la LCSP conforme se establece en su disposición adicional octava, que dispone que «*Los contratos excluidos de la aplicación de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin*



que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en esta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.».

En definitiva, la presente licitación ha de regirse por la citada LCSP en los términos establecidos en su disposición adicional octava.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la persona recurrente para la interposición del presente recurso, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.».*

En el supuesto examinado, la recurrente justifica su legitimación en que determinada cláusula del PCAP le impide concurrir a la licitación toda vez que no dispone de despacho abierto al público en Antequera.

Así las cosas, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que determinada cláusula del PCAP le impide acceder a la licitación, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir, pues precisamente las bases de aquella le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, y el objeto del recurso es



el pliego de cláusulas administrativas particulares, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

En este sentido, no es posible admitir el alegato de inadmisión esgrimido por la entidad contratante en su informe al recurso. Para fundar su alegato, transcribe prácticamente en su integridad una resolución de inadmisión evacuada por este Tribunal ante una reclamación en un contrato promovido por AGUAS EL TORCAL. No obstante, en el supuesto que se examina, como se ha expuesto, el objeto del contrato queda excluido de la aplicación de la Ley de Sectores Especiales, no así en el supuesto alegado por la entidad contratante, en el que el objeto sí estaba incluido en dicha ley, pero la misma no le era de aplicación por no alcanzar el valor estimado exigido.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, disponen que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

En el supuesto examinado, el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales fueron puestos a disposición de las entidades interesadas en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 11 de mayo de 2020. En consecuencia, al haberse presentado el escrito de recurso el 1 de junio de 2020 en el Registro electrónico de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar el motivo en que el mismo se sustenta que será analizado en este y en los siguientes fundamentos de derecho.



La recurrente interpone el presente recurso contra el PCAP que, entre otros, documentos rige el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a la nulidad de la cláusula denunciada en el cuerpo del escrito de interposición, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la aprobación de dicho pliego.

En su pretensión denuncia la exigencia de disponer las entidades licitadoras de despacho abierto en Antequera para poder licitar.

En este sentido, entiende la recurrente que el establecimiento de una cláusula de arraigo territorial infringe los principios de igualdad de trato y de competencia por los cuales debe regirse todo tipo de licitación pública, conforme ha venido poniendo de manifiesto de manera reiterada la doctrina de los órganos consultivos y los tribunales de contratación. Para reforzar su alegato reproduce y menciona parte de ciertas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Al respecto, señala la recurrente 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, esto es en el presente caso el requisito por el cual el poder adjudicador exige la existencia de una oficina abierta en la ciudad de Antequera. Ello vulnera además de la doctrina citada, el principio de igualdad de trato por el cual debe regirse todo tipo de licitación pública y por ende, dicha imposición resulta ser a todos los efectos contraria a derecho.

Por ultimo, el recurso indica que *«el pliego no aclara por qué es esencial para la prestación del contrato tener despacho abierto en Antequera o, en su defecto, tenerlo en funcionamiento antes de la fecha del primer encargo, no cómo repercutirá ello en la ejecución del contrato o porqué es un impedimento tener despacho en otra localidad. Lo cierto es que se trata de una evidente condición espuria, que en realidad perjudica los intereses generales, pues limita la libre competencia y, con ello, la posibilidad de la Administración de poder contar con diversas ofertas o alternativas»*.

Por su parte, la entidad contratante en su informe al recurso no esgrime alegato alguno sobre el fondo del recurso.



Por último, la entidad CAYETANO RENGEL, S.L. en su escrito de alegaciones al recurso indica que se abstiene de alegar nada en contra ni a favor, simplemente cumplir su obligación de contestar y que acatará la decisión de este Tribunal.

Por su parte, la persona interesada C.P.C. señala que muestra su disconformidad con la recurrente, al entender que no se vulnera derecho fundamental alguno en la convocatoria de la licitación objeto del presente recurso.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia, en la que como se ha expuesto se denuncia la exigencia recogida en el PCAP de disponer las entidades licitadoras de despacho abierto en Antequera para poder licitar. En este sentido, entiende la recurrente que el establecimiento de una cláusula de arraigo territorial infringe los principios de igualdad de trato y de competencia.

En este sentido, el apartado 9.4 del anexo I «Cuadro resumen» del PCAP (cláusula 9 en terminología del recurso), «*Requisitos de los licitadores*» se dispone lo siguiente: «*Disponer de despacho abierto en Antequera*».

Al respecto, procede manifestar que el objeto de la controversia recae sobre un requisito de admisión que exige una condición de «arraigo territorial». Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 115/2013 y 116/2013, de 3 de octubre, 356/2015, de 22 de octubre, 84/2017, de 2 de mayo, 217/2017, de 26 de octubre, 256/2017 de 24 de noviembre, 124/2018, de 14 de mayo, 53/2019, de 27 de febrero y 207/2020, de 18 de junio, entre otras), en todas ellas, acerca de la prohibición de establecer previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o que supusieran permitir la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas a determinadas entidades, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, declarando la nulidad de este tipo de cláusulas.

Esta doctrina se encuentra refrendada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2008) y en 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, así como en el informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Del



contenido de estos pronunciamientos resulta evidente que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta, ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que las mismas estén justificadas por razones de interés general.

En este sentido, la citada Sentencia de 27 de octubre de 2005 del TJUE, dispone que en su apartado 25 que *«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».*

En definitiva, cualquier exigencia de arraigo territorial ya sea como requisito de solvencia, criterio de adjudicación, obligación de adscripción de medios o como condición de ejecución, debe reunir las cuatro exigencias mencionadas anteriormente en la Sentencia del TJUE, de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03.

En el supuesto analizado, como denuncia la recurrente, la exigencia a la entidades licitadoras para poder participar contenida en el apartado 9.4 del anexo I del PCAP *«Disponer de despacho abierto en Antequera»* coloca en posición de clara ventaja a aquellas entidades licitadoras que estén en condiciones de ofertar dicha disposición frente al resto de operadoras que no disponen de ese despacho abierto en Antequera al tiempo de presentar su oferta.

No obstante, aun cuando la recurrente no lo menciona, en el apartado 5 del título de documentación general del anexo 2 del PCAP, se dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

«5. Otra documentación.

Deberán aportar la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos que figuran en el Cuadro Resumen.

(...)

- Declaración responsable del licitador en la que se haga constar:

(...)



«Que tiene despacho abierto al público en Antequera o, en su defecto, compromiso de tenerlo en funcionamiento antes de la fecha del primer Encargo realizado en base al contrato.

(...).».

Así pues, la exigencia de disponer de despacho abierto en Antequera no opera necesariamente como requisito de admisión pues el PCAP permite que dicha exigencia se configure como una condición de ejecución, pudiendo aportar la empresa en la fase de licitación un compromiso de tener el despacho en funcionamiento antes de la fecha del primer trabajo que ha de realizar el contratista.

En cualquier caso, bien como requisito de admisión o como condición de ejecución, es innegable que la exigencia impugnada sacrifica objetivamente los principios de libre concurrencia y de igualdad consagrados en los artículos 1 y 132 de la LCSP; la cuestión a dilucidar es si resulta absolutamente imprescindible para alcanzar el objetivo perseguido con el contrato; es decir, en términos de la citada Sentencia del TJUE, que se aplique de manera no discriminatoria, que esté justificada por razones imperiosas de interés general, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo».

Pues bien, en el supuesto que se examina, en la documentación remitida a este Tribunal no consta justificación alguna por parte de la entidad contratante que permita analizar si dichas circunstancias concurren o no en el presente caso.

Procede, pues, estimar el recurso interpuesto en los términos recogidos en la presente resolución.

SÉPTIMO. La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

En este sentido, si el que la entidad adjudicataria tuviese que disponer de despacho abierto en Antequera, fuera absolutamente necesario, a juicio de la entidad contratante, para la adecuada prestación del



servicio, tal extremo ha de justificarse adecuadamente en el expediente de contratación o en los pliegos, con objeto de que las potenciales entidades licitadoras, y en su caso este Tribunal, puedan valorar si se cumplen los cuatro requisitos exigidos por la jurisprudencia europea.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la persona física **A. B.O.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicios jurídicos para la defensa de los intereses de Aguas del Torcal, S.A.” (Expte. 6/2020), convocado por la EMPRESA MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO DE AGUAS DE ANTEQUERA, AGUAS EL TORCAL, S.A., ente instrumental adscrito al Ayuntamiento de Antequera (Málaga) y, en consecuencia, anular el mismo en el sentido expuesto en la presente resolución, 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 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 26 de junio de 2020.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, la entidad contratante deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. 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.

