

Expediente nº:440/2024
Resolución recurso de reposición
Procedimiento: Contrato de Suministro de material de ferretería
Documento firmado por: El Alcalde

RESOLUCION DE ALCALDÍA

I. ANTECEDENTES

Primero.- En fecha 10 de septiembre de 2024 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas para la contratación del Suministro de material de ferretería del Ayuntamiento de Malpartida de Cáceres (expt. 440/2024).

Segundo.- En fecha 16 de septiembre de 2024 tuvo entrada (2024-E-RC-3176) en el Registro General del Ayuntamiento de Malpartida de Cáceres proveniente del Registro Electrónico General de la AGE, Recurso de Reposición interpuesto por la CONFEDERACION DE EMPRESARIOS DE CONSTRUCCION DE EXTREMADURA, NIF: G72933377 frente al pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas que rige el procedimiento de licitación para la contratación del Suministro de material de ferretería.

En el recurso se formulan los siguientes motivos de impugnación:

“ÚNICA.- SOBRE LA CLÁUSULA PRIMERA, apartado 1.5, del pliego de cláusulas administrativas particulares; y CLÁUSULA 3.5 del pliego de prescripciones técnicas: Compromiso de adscripción de medios.

Estas cláusulas establecen la obligación del licitador de tener oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres.

Consideramos esta cláusula como contraria a Ley, siendo nula, pues es discriminatoria por razón del arraigo, y por tanto es contraria a los principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, limitando el acceso a la licitación en condiciones de igualdad, conforme al artículo 145. 5 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, y los artículos 9 y 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Especialmente importante en el presente caso es la Ley 20/2013, su artículo 18.2.a), relativo a “requisitos discriminatorios para la adjudicación de los contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador”, entre los que indica en su apartado 1º “Que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio”. Al contrario de lo indicado en las propias cláusulas ahora impugnadas, que recogen jurisprudencia anterior a la normativa actualmente vigente, numerosa jurisprudencia establece que los criterios de arraigo territorial no pueden recogerse en los pliegos, pues en tanto que discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los



permitan. Ente otras muchas, la Resolución 405/2018, de 23 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; el Informe 2/2017, de 3 de febrero de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana; el Informe 5/2018, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña; el Acuerdo 91/2018, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra; las Resoluciones 83/2017, de 2 de mayo, y 100/2019, de 4 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Por todo ello, estas cláusulas son claramente discriminatorias y contrarias a la igualdad de trato, y deben ser anuladas.

En su virtud,

SUPLICO al Excmo. Ayuntamiento de Malpartida de Cáceres que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto Recurso de Reposición contra el pliego de cláusulas administrativas y el pliego de prescripciones técnicas de su expediente 440/2024; se sirva estimarlo y, en consecuencia, se proceda a anular las cláusulas indicadas en este escrito, procediendo a licitarse nuevamente.

OTROSÍ DIGO: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, interesa a esta parte la SUSPENSIÓN del procedimiento en tanto se resuelva el presente recurso, ya que la ejecución del mismo puede causar perjuicios de imposible o difícil reparación, consistentes en la imposibilidad, una vez ejecutada, de optar otra empresa a tal adjudicación”.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Con respecto a la forma:

1.- El recurso se interpone contra el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). A este respecto destacar que no resulta aplicable el recurso especial en materia de contratación al no incluirse el mismo por su cuantía en los supuestos contemplados en el artículo 44 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de la Contratos del Sector Público (LCSP). Además los pliegos recurridos son acto susceptible de recurso de reposición del artículo 123 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (LPACAP) y aunque no tiene naturaleza de acto finalizador del procedimiento si tiene carácter de acto de trámite cualificado contra los que cabe recurso de reposición al tratarse de un acto que adopta el órgano de contratación cuyos actos ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos.

2.- Respecto a la legitimación de la CONFEDERACION DE EMPRESARIOS DE CONSTRUCCION DE EXTREMADURA, considerando que tiene por objeto velar por la defensa de los intereses colectivos de sus colegiados y siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001) que ha precisado que el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente donde hay una relación unívoca y concreta de la Confederación recurrente con el objeto del recurso, se entiende que la misma está legitimada para plantear su pretensión.



3.- Visto el artículo 124.1. de la LPACAP el recurso se entiende formulado en plazo considerando que el anuncio de licitación junto con el PCAP y el PPT se publicaron en la plataforma de Contratación del Estado el 10 de septiembre de 2024 y el recurso se interpone en fecha 16 de septiembre de 2024.

4.- Órgano ante el que se interpone: Según el artículo 123 de la LPACAP señala que *“los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”* de forma que el Recurso de Reposición se ha presentado conforme a derecho por lo que procede conocer el fondo de dicho recurso y resolver acerca de las alegaciones que en él figuran estimando en todo o en parte o desestimando las pretensiones formuladas en el mismo o declarando su inadmisión con pronunciamiento expreso sobre la procedencia de la suspensión solicitada.

Segundo.- Respecto al fondo del asunto

Primero. La Memoria justificativa e insuficiencia de medios, el Pliego de cláusula administrativa particulares (PCAP) y el pliego de prescripciones técnica (PPT) que rigen el contrato de suministro de material de ferretería (Expt.440/2024) fueron aprobados el 5 de septiembre de 2024 y publicado el 10 de septiembre de 2024 en la Plataforma de Contratación del Sector Público en los que se reconoce:

La cláusula del PCAP 1.5, (también la cláusula 3.5 del PPT y la Memoria justificativa e insuficiencia de medios (punto 3) reconoce:

COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS

*“Aunque tener abierta una oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres como criterio de arraigo territorial de una empresa **no es condición de aptitud** para contratar y **no pueden ser utilizadas como criterio de valoración**.*

*Sin embargo, **para la eficaz ejecución del contrato** y por la necesidad que la entrega de los pedidos se realice en el plazo máximo de 2 días hábiles por el tipo de necesidades que se cubren , de reparaciones de ejecución diarias, así como por la inexistencia de almacenes de tamaño suficiente del propio Ayuntamiento o por carecer de lugares donde almacenar todo el material que se necesita en la actividad diaria, se considera que la existencia de oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres como lugar donde desarrollar la actividad del Ayuntamiento es adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato.*

Por lo que se entiende, siguiendo el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), que no existe 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.

Así las cosas, la exigencia de contar con una almacén, tienda, delegación u oficina permanente abierta en Malpartida de Cáceres, se establece como compromiso de adscripción de medios a



*la ejecución del contrato. Una condición de arraigo territorial, que no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios, que 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 (Resolución nº 101/2013 TACRC).*

De forma que el licitador deberá adjuntar en su Declaración Responsable que se compromete a tener oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres y por tanto de adscripción de medios a la ejecución del contrato”.

Y en la cláusula del PCAP 20.3. Adscripción de medios:

“La exigencia de contar con una almacén, tienda, delegación u oficina permanente abierta en Malpartida de Cáceres, se establece como compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato.

Una condición de arraigo territorial, que no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios, que se configura como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirven para declarar al licitador idóneo para contratar. De forma que el licitador deberá adjuntar en su Declaración Responsable que se compromete a tener oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres y por tanto de adscripción de medios a la ejecución del contrato.

Esta adscripción de medios se justifica como medio para garantizar la prestación correcta del contrato de suministro. No es obligatorio de tener abierta una oficina, almacén o tienda en el momento de presentar las ofertas en Malpartida de Cáceres. Pero para la eficaz ejecución del contrato y por la necesidad que la entrega sea inmediata por el tipo de necesidades que se cubren y por resultar de ejecución diaria, así como por la inexistencia de almacenes de tamaño suficiente del propio Ayuntamiento o por carecer de lugares donde almacenar todo el material que se necesita en la actividad diaria, se considera que la existencia de oficina en el lugar donde desarrollar nuestra actividad , que es el municipio, es adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, por lo que se entiende, siguiendo el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), que no existe 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”.

Y como contenido del ANEXO I: MODELO DE DECLARACIÓN RESPONSABLE del PCAP:

“CUARTO. Se compromete a tener oficina, almacén o tienda en Malpartida de Cáceres como compromiso de tenerla, de adscripción de medios a la ejecución del contrato .Como condición por tanto que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en esta fase de adjudicación el compromiso de tenerla.

En caso de que la adscripción de medios exigida se cumpla con medios externos al licitador, deberá presentarse una declaración responsable por el licitador y por cada uno de los medios



adscritos a la ejecución del contrato. Si varias empresas concurren constituyendo una unión temporal, cada una de las que la componen deberá acreditar su personalidad, capacidad y solvencia, presentando todas y cada una presentar la correspondiente declaración responsable”.

Segundo.- Para dar contestación a la alegación formulada por el recurrente con relación a lo dispuesto en el PCAP (cláusula 1.5) y en el PPT (cláusula 3.5), hemos de señalar que al contrario de lo que se afirma en el recurso para el que *“estas cláusulas establecen la obligación del licitador de tener oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres”*, la previsión para que el adjudicatario tenga oficina, almacén o tienda en Malpartida de Cáceres como compromiso de tenerla, de **adscripción de medios a la ejecución del contrato** se entiende que no es discriminatoria por razón del arraigo ni es contraria a los principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, limitando el acceso a la licitación en condiciones de igualdad.

Visto el tipo de necesidades que se pretende cubrir con el suministro de artículos de ferretería vinculado a la actividad diaria de los servicios de obras y mantenimiento municipales, en el pliego se especifica que *“la entrega de los pedidos se realizará en el plazo máximo de 2 días hábiles, a contar desde el siguiente al de la realización del pedido. Asimismo, en dicho plazo deberá sustituirse el material defectuoso. Salvo entregas urgentes según necesidad del Ayuntamiento, que se entregan en el momento de su solicitud”* (cláusula 3.4 PCAP).

Para la eficaz prestación de los servicios: reparaciones, pequeñas obras de ejecución diarias, mantenimientos ..., se necesita de forma recurrente y casi inmediata material de ferretería . Esto justifica que los **pedidos se reciban en el plazo máximo de 2 días hábiles** por el tipo de necesidades que se cubren ,y es por lo que se necesita que el adjudicatario del contrato, y no los licitadores, disponga de oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres como lugar donde desarrollar la actividad del Ayuntamiento como compromiso de adscripción de medios para garantizar la prestación correcta del contrato y satisfacer las necesidades diarias de las tareas a desempeñar por los servicios municipales .

En la memoria justificativa y en los pliegos se aclara que tener abierta una oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres como criterio de arraigo territorial de una empresa **no es condición de aptitud** para contratar y **no pueden ser utilizadas como criterio de valoración**, precisamente para que no exista discriminación para los licitadores interesados por razón del arraigo ni desigualdad de trato no limitando el acceso a la licitación en condiciones de igualdad.

Exigencia que se reclamará al adjudicatario y no a los licitadores. Los licitadores deberán adjuntar en su Declaración Responsable que se comprometen a tener oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres y por tanto de adscripción de medios a la ejecución del contrato.

El pliego no exige que el licitador disponga de tales medios en el momento de presentar la oferta, razón por la que se le exige en la oferta (declaración responsable) únicamente el compromiso de tener oficina, almacén o tienda en Malpartida de Cáceres como compromiso de



tenerla, de adscripción de medios a la ejecución del contrato .Como condición por tanto que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en la fase de adjudicación el compromiso de tenerla, razón por la que no se evalúa su disponibilidad en el momento de calificar su solvencia.

En los pliegos no se contempla que el arraigo territorial sea una condición de aptitud para contratar (Resoluciones nº 1103/2015, de 30 de noviembre, nº 101/2013, de 6 de marzo, o Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

No es criterio de adjudicación del contrato disponer de oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres, sino que en el PCAP se señalan como criterios de adjudicación: (cláusula 10ª del PCAP : Oferta económica: Menor precio y Menor plazo de entrega) (Resolución 29/2011, de 9 de febrero). Tampoco condición de aptitud sino que la cláusula 8ª del PCAP permite que puedan presentar proposiciones cualquier licitador que tengan plena capacidad de obrar y no estén incursas en prohibiciones de contratar. No se exige la obligación del licitador de tener oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres, sino que es una adscripción de medios solo para el adjudicatario para la mejor prestación y ejecución del contrato.

No estamos ante una condición de arraigo territorial pues tal y como se prevé en los pliegos , tanto en el PCAP como en el PPT, la condición de arraigo territorial no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios, que se configura como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos, cuya finalidad es declarar al licitador idóneo para contratar con el Ayuntamiento (Resolución nº 101/2013 TACRC).

Por su parte la Resolución nº 1197/2019, de 28 de octubre de 2019 del TACRC resolvió que “los elementos a considerar para apreciar si la cláusula controvertida vulnera los principios de libre competencia 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 competencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública”. Pues bien, el compromiso de adscripción de medios no vulnera la competencia, 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”, y añade “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”.

Además esta exigencia se establece como condición a cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso de tenerla como reconoció la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03) del tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, esta STJUE reconoció de exigirse tener abierta una oficina “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”.

El PCAP y el PPT no establecen un requisito de aptitud, sino un compromiso de adscripción de medios, únicamente exigible al adjudicatario, además el art. 76.2 de la LCSP permite que los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello.

Se entiende en definitiva que no es discriminatoria por razón del arraigo, que el adjudicatario tenga oficina, almacén, tienda o delegación en Malpartida de Cáceres como lugar donde desarrollar la actividad por ser adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato y en el breve plazo que se necesita disponer de material de ferretería para las labores diarias del ayuntamiento (2 días hábiles máximo) como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso de tenerla tiene cobertura en lo resuelto.

Por lo expuesto en virtud de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho expuestos
RESUELVO

Primero. Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la CONFEDERACION DE EMPRESARIOS DE CONSTRUCCION DE EXTREMADURA, NIF: G72933377 frente al pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas que rige el procedimiento de licitación para la contratación del Suministro de material de ferretería (ext. nº 440/2024).

Segundo. No suspender el procedimiento una vez resuelto el presente recurso.

Tercero. Notificar la presente Resolución a la CONFEDERACION DE EMPRESARIOS DE CONSTRUCCION DE EXTREMADURA indicándole que contra la misma, que pone fin a la vía administrativa en virtud de lo establecido en el artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre , se podrá interponer Recurso Contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se notifique la presente resolución de acuerdo con los artículos 8.1, 25.1 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En Malpartida de Cáceres, a fecha de firma electrónica.
El Alcalde,
Fdo.: Alfredo Aguilera Alcántara.

