

Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009. «Aplicación del criterio de arraigo local o de vecindad de la empresa como requisito de aptitud, de solvencia o como criterio de adjudicación en los contratos».

Clasificación de los informes: 7. Capacidad y solvencia. 15.2 Formas de adjudicación. Concursos.

ANTECEDENTES.

El Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Calahorra (La Rioja) formula la siguiente consulta:

«La Junta de Gobierno Local, reunida en sesión de 1 de diciembre de 2.008, aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas y convocatoria de licitación mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de obras de urbanización de la calle Mediavilla. Publicado en el B.O.R. nº 159 de 12 de diciembre del 2.008 el anuncio de la referida licitación, en el plazo de 8 días de exposición al público del citado Pliego se presentó por la XX, documento de alegaciones frente al mismo, solicitando la suspensión de la licitación, así como la anulación de la cláusula 34 del Pliego en lo referido al criterio c) de adjudicación, relativo al "conocimiento empresarial de la zona"; en tanto que a su entender tal criterio de adjudicación contraviene los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación a los que se encuentra sometida la contratación pública, considerando asimismo que dicho criterio no está vinculado al objeto del contrato, siendo a su entender un criterio subjetivo.

Con fecha 19 de enero de 2.009, la Junta de Gobierno Local acuerda admitir parcialmente la señalada alegación al Pliego, suspendiendo la licitación desde la fecha de presentación de la misma, e instar de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe respecto de la legalidad del criterio de adjudicación impugnado. En este sentido se señalan como antecedentes que:

PRIMERO.- Consta en el expediente de contratación la justificación de los criterios de valoración de las ofertas, al determinarse en la Providencia de Alcaldía en la que se dispone el inicio del expediente de contratación, y se fijan como criterios de adjudicación los siguientes:

- a) Precio: 60%*
- b) Plazo de ejecución: 20%*
- c) Conocimiento empresarial de la zona 20%*

considerados los más idóneos que han de servir de base para la adjudicación, en tanto que al tratarse de un contrato de obras cuya definición está previamente bien descrita en un proyecto técnico sobre el que no caben mejoras ni variantes, los criterios económicos deben ser los determinantes de la adjudicación, como así es. En este sentido el mejor precio prima sobre los demás criterios de adjudicación. Se señala que en igual medida se valoran otros dos criterios que inciden en el éxito de la prestación, tal es así el plazo de ejecución, primando la reducción del mismo, como el conocimiento empresarial de la zona, justificando dicho criterio en el hecho de que en la actual coyuntura económica se debe evitar potenciar las contrataciones con empresas no erradicadas en la zona que suelen ser más proclives o tendentes a dejar impagados en los subcontratistas de la localidad, puesto que con más probabilidad pueden no volverlos a contratar. A esta conclusión se llegó tras haber padecido durante el año 2.008 varios expedientes de reclamaciones de los subcontratistas de la zona por impagados de empresas contratistas erradicadas fuera de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que a consecuencia de dichas malas relaciones con los subcontratistas por no afrontar los pagos, produjeron considerables retrasos y problemas en la ejecución de las obras (por ejemplo no se entregan a tiempo los distintos informes de instalaciones, electricidad, ascensores, calefacción, etc., porque no se ha pagado a tiempo a esos instaladores subcontratados por el contratista principal, con lo que la obra no se puede recibir a tiempo).

SEGUNDO.- La cláusula 34 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares determina que:

CRITERIO C: CONOCIMIENTO EMPRESARIAL DE LA ZONA (Hasta 20 puntos)

Se valorará el conocimiento empresarial de cada licitador en relación con el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja, valorándose, como circunstancia que permite un mejor conocimiento de la realidad social y empresarial donde se ejecuta la obra, aquellas ofertas que evidencien que las empresas licitadoras tienen su domicilio social o delegación permanente en La Rioja, de acuerdo con el siguiente baremo:

- a) *Empresas con domicilio social en La Rioja: 20 puntos.*
- b) *Empresas con delegación permanente en La Rioja: 10 puntos,*
- c) *Empresas sin domicilio social ni delegación permanente en La Rioja: 0 puntos.*

Se señala asimismo en dicha cláusula que la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134.3.b) deberá emplear más de un criterio de adjudicación, para lo cual en este Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se establecen los criterios objetivos que habrán de regir en la adjudicación y que son los siguientes: Precio; Plazo de ejecución y Conocimiento empresarial de la zona. Y es que en este sentido el Pliego de Cláusulas Administrativas, al valorar de una forma no determinante (ya que el precio es el principal criterio de adjudicación) a las empresas erradicadas en el mismo territorio que el órgano de contratación, no lo hace como criterio subjetivo del contratista, ya que no está valorando la experiencia de prestaciones en la zona, sino sus relaciones comerciales en este territorio. Y esta situación incide de forma objetiva en la prestación que se va a recibir, en la medida de que en la práctica las relaciones con los subcontratistas son distintas entre las empresas que habitualmente trabajan en cada territorio y las empresas que esporádicamente pueden realizar obras en el mismo. En la medida que esas relaciones comerciales constituyen subcontratas de obras públicas, el riesgo de que en la actual coyuntura económica las empresas no erradicadas en la zona sean más proclives a dejar impagados a los subcontratistas de la ciudad donde se ejecuta la obra, esto es en Calahorra, determina que sea más ventajoso para obtener una adecuada prestación, desde un punto de vista objetivo, valorar a las empresas erradicadas en esta comunidad autónoma, sin que ello suponga ni una discriminación pasivista, ni una vulneración de la libre concurrencia, todo ello a criterio del órgano de contratación. La opción por la que ha optado el órgano de contratación es más racional que prohibir la subcontratación, que a la postre perseguiría el mismo fin, esto es la que las relaciones entre contratista y subcontratista no incidan en perjuicio de la obra contratada.

Por lo expuesto, y en resumen se considera que el criterio de adjudicación incorporado en el Pliego ni es subjetivo, ni afecta a la experiencia del licitador, características que de existir sí vulnerarían la normativa de contratación del sector público. Por el contrario incide directamente y de forma objetiva sobre la naturaleza de la prestación, esto es el objeto del contrato.

En ejecución del señalado acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha 19 de enero de 2.009, D. Francisco Javier Pagola Sáenz, Alcalde Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Calahorra solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, informe sobre si el criterio de adjudicación señalado en la cláusula 34.c) del Pliego de Cláusulas Administrativas aprobado para contratar las obras de urbanización de la calle Mediavilla, tal como ha sido planteado en el expediente y justificado, se ajusta o no a derecho».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Calahorra (La Rioja) plantea una cuestión que tiene especial relevancia en relación con el régimen general de la contratación pública afectando, de una parte, a las condiciones de aptitud que se pueden exigir a las empresas licitadoras y de otra a los criterios de valoración de las ofertas que pueden tomarse en consideración para adjudicar los contratos.

Aunque propiamente la consulta sólo se refiere a la utilización de un criterio de valoración que tiene en cuenta el origen de las empresas licitadoras a la hora de valorar las ofertas, es evidente que esta cuestión puede plantearse también como un requisito de aptitud por lo que resulta conveniente que la Junta se pronuncie sobre el mismo desde ambos puntos de vista.

2. Nos referiremos en primer lugar a la utilización como criterio de aptitud del requisito de que las empresas sean originarias o tengan su domicilio en un determinado punto geográfico, porque desde el punto de vista lógico es previo a su tratamiento como criterio de adjudicación.

En este sentido debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el artículo 43.1 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que *"sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no*

estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas". Este precepto que en principio parece tener un carácter restrictivo, puesto que comienza diciendo "sólo podrán contratar...", pone de manifiesto, a su vez, cuáles son los requisitos máximos que pueden exigirse desde el punto de vista de la aptitud para que las empresas puedan licitar. Sólo pueden licitar las que cumplan los requisitos de este artículo, pero, al mismo tiempo, todas las que los cumplan pueden hacerlo.

Esto significa que los requisitos que tal artículo exige son a su vez mínimos y máximos, toda vez que fuera de ellos la Ley no prevé la posibilidad de exigir otros diferentes. En su consecuencia, los requisitos que deben cumplir los licitadores se restringen a tener capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar, y acreditar solvencia financiera, económica, profesional y técnica a través de la clasificación cuando sea exigible o a través de los medios expresamente previstos en la Ley a este efecto.

De modo muy especial, y por ello lo tratamos independientemente de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, interesa indicar que la ley dice que podrán contratar con el sector público "las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras", lo cual extiende la prohibición de excluir por razón del territorio de origen de la empresa, no sólo al territorio nacional, sino a cualquier otro país, pues ni siquiera por razón de la nacionalidad pueden quedar excluidas de la contratación.

Por otra parte esta argumentación es la única acorde con el sentido de las sucesivas Directivas Comunitarias que en materia de contratación han aprobado los órganos de la Unión Europea, de modo muy especial la 2004/18/CE que ya como una exigencia del establecimiento del mercado único sienta como principio básico de la contratación pública, la libertad de acceso a la contratación para todas las empresas de los Estados Miembros y, en consecuencia, la no discriminación por razón del origen entre ellas.

Nuestra propia Ley de Contratos del Sector Público de modo expreso consagra estos principios en el artículo 1 al disponer que *"La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos..."*.

3. Queda por resolver la cuestión relativa a si la implantación de las empresas en un territorio puede ser utilizada como criterio discriminatorio a la hora de valorar las ofertas. Es decir que las presentadas por empresas que tengan un determinado arraigo en la localidad (domicilio, delegación u otro cualquiera), obtengan una bonificación en la valoración de sus ofertas por esta sola circunstancia.

Diversas consideraciones debe hacerse al respecto. En primer lugar, el principio no discriminatorio que la Directiva 2004/18/CE consagra y que nuestra Ley expresamente recoge, según hemos visto en el punto anterior, en su artículo 1.

Este principio, además, y con aplicación directa ya a los procedimientos de adjudicación está expresamente recogido también en el artículo 123 de la misma Ley, de conformidad con el cual *"Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia"*. Esta sola declaración pone ya de manifiesto hasta qué punto no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras, en este caso su domicilio social o su especial arraigo en una determinada localidad o territorio.

Si esta circunstancias no fuera suficiente a la hora de dejar clara la improcedencia de utilizar criterios de adjudicación que supongan discriminación entre las empresas por razón del motivo mencionado, debe tenerse en cuenta además lo dispuesto en el apartado primero del artículo 134 de la Ley de acuerdo con el cual "*para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato...*". Esta exigencia de la vinculación directa con el objeto del contrato, es decir la prestación, es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas. En efecto la vinculación directa exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directa derivadas de la misma. No puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración en nada altere ni la forma de ejecutar la prestación ni los resultados de la misma.

Tal es el caso del supuesto previsto en los pliegos de cláusulas administrativas a que se refiere la consulta, pues las circunstancias referentes al origen o lugar en que la empresa realiza preferentemente sus actividades en nada influye ni en la prestación misma, ni en sus resultados. En consecuencia es una cuestión puramente accidental, lo que impide considerarla como directamente vinculada al objeto del contrato.

CONCLUSIONES

1. El origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público.

2. Igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración circunstancias que se refieran a alguna de las características de la empresa señaladas en la conclusión anterior.