

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON EL REQUISITO DE QUE LA RESIDENCIA OFICIAL DEL DIRECTOR FACULTATIVO Y DEL COORDINADOR DE SEGURIDAD Y SALUD DE LAS OBRAS DE DESMONTAJE, RETIRADA Y GESTIÓN DE RESIDUOS DE CONSTRUCCIÓN-DEMOLICIÓN DEL ANTIGUO EMISARIO DE LA ESTACIÓN DEPURADORA DE AGUAS RESIDUALES (EDAR) DE IBIZA SE SITÚE NECESARIAMENTE EN DICHA ISLA

(UM/039/24)

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Barcelona, a 25 de junio de 2024

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 10 de mayo de 2024 tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital un escrito de un colegio oficial de ingeniería técnica a través del cual informa sobre los obstáculos a la aplicación

de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), que derivan de la exigencia de que la residencia oficial del director facultativo y del coordinador de seguridad y salud de las obras de desmontaje, retirada y gestión de residuos de construcción-demolición del antiguo emisario de la estación depuradora de aguas residuales (en adelante, EDAR) de Ibiza se sitúe necesariamente en dicha isla.

Concretamente, la información remitida se refiere al siguiente requisito contenido en el apartado 5 (página 6) del Pliego de Prescripciones Técnicas referidas al expediente SE/2024/04¹ de contratación de la “*Dirección facultativa, inspección, control y vigilancia y coordinación de seguridad y salud de las obras de desmontaje, retirada y gestión de residuos de construcción-demolición del antiguo emisario de la EDAR de Ibiza-Eivissa (Illes Balears)*”:

La residencia oficial del director facultativo de las obras y del coordinador de seguridad y salud será, obligatoriamente, la isla donde se desarrollen las actuaciones, todo ello al objeto de atender correctamente las necesidades de una obra de estas características.

El anuncio de licitación de este contrato de servicios técnicos fue publicado en fecha 26 de marzo de 2024², correspondiendo a un procedimiento abierto simplificado del artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Su valor estimado (art.101 LCSP) es de 95.831,5 euros, siendo su importe de 69.950 euros (sin impuestos) y de 84.639,5 euros (con impuestos). El contrato licitado ya ha sido adjudicado a una empresa de ingeniería, habiendo sido publicado el anuncio de adjudicación en fecha 29 de mayo de 2024³.

La informante denuncia en su escrito que la obligación de que la residencia oficial del director facultativo y del coordinador de seguridad y salud deba ubicarse imperativamente en la isla donde se lleven a cabo las obras constituye una actuación limitativa de la libertad de circulación prohibida en el art. 18 LGUM.

1

https://contrataciondelestado.es/wps/portal!/ut/p/b0/DcqxCoAgEADQD2q4WgOHhoq2ttlIDpW4Ok1LDPr6HB88ULCC8phpx0SXRy6WxtrA5M_W2ITMdmPSIFCXAAsoUGT6zCDI8V2xiWEe7mnkB-sFTfUKAcG57gebubxp/.

2

https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/3c457964-b213-41a5-96f6-dd674cdb1504/DOC_CN2024-000349881.html?MOD=AJPERES.

3

https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/69276e6f-0324-4f1a-83c7-35e8c05802b2/DOC_CAN_ADJ2024-000589376.html?MOD=AJPERES.

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

“1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como “*cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.*”

En el caso que nos ocupa, la actividad profesional afectada por la restricción denunciada es la prestación de los servicios de dirección facultativa y de coordinación de seguridad y salud relativos a las obras de desmontaje, retirada y gestión de residuos de construcción-demolición del antiguo emisario de la EDAR de Ibiza.

Con relación a la prestación de servicios de naturaleza técnica y la aplicación de la LGUM, la Audiencia Nacional⁴ y el Tribunal Supremo⁵ se han pronunciado en distintas sentencias dictadas hasta la fecha en materia de reservas profesionales.

⁴ Todas ellas relacionadas con las reservas profesionales, en materia de inspección técnica de edificaciones (entre ellas, la última Sentencia de 21 de octubre de 2020, PO 06/6/2018) así como también en los ámbitos de las licencias de segunda ocupación (véanse las dos Sentencias más recientes de 19 de febrero de 2021, recursos 06/344/2016 y 06/12/2017), estudios geológicos o geotécnicos (Sentencia de 04 de marzo de 2021, recurso 06/02/2018) y proyectos de piscinas (Sentencia de 10 de mayo de 2021, recurso 06/07/2019).

⁵ Sentencia de 13 de diciembre de 2021 (RCA 4486/2019), Sentencia núm. 31/2022 de 18 de enero de 2022 (RCA 3674/2019) así como las posteriores Sentencias núm.324/2022 (RC 2470/2019) y núm. 317/2022 (RC 1082/2021), ambas de 14 de marzo de 2022, y Sentencia núm.356/2022 de 21 de marzo de 2022 (RC 8116/2020).

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

III.1.- Normativa y doctrina en materia de contratación del sector público

El artículo 124 LCSP regula el pliego de prescripciones técnicas particulares, señalando que:

“El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.”

Asimismo, el artículo 76.2 LCSP prevé, como “concreción de las condiciones de solvencia”, que:

“Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, 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. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior.”

Y el artículo 145 LCSP, en su apartado 5 declara, con relación a los criterios de adjudicación, que:

“a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato (..)

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y

proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”

Por otro lado, con relación a las llamadas “cláusulas de arraigo territorial”, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)⁶ previsto en el artículo 45 LCSP ha venido señalando, entre otras, en sus Resoluciones núm. 31/2019 de 18 de enero de 2019 (Recurso núm. 1261/2018), núm. 1526/2019 de 26 de diciembre de 2019 (Recurso núm. 1255/2019) y núm. 1062/2020 de 5 de octubre de 2020 (Recurso núm.755/2020) - todas ellas citadas en nuestro anterior Informe UM/018/24 de 18 de abril de 2024⁷ -, lo siguiente:

“Como es doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha de ser especialmente vigilante a cualquier restricción a la libre concurrencia fundada directa o indirectamente en el denominado arraigo territorial, debiendo considerarse nulas aquellas previsiones de los pliegos que puedan 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.

Por tal motivo, son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación, admitiéndose, por el contrario, cuando se exigen como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato.”

III.2.- Análisis y aplicación del artículo 18 LGUM

El artículo 18.2.a) LGUM prevé que:

“2. Las autoridades competentes no podrán realizar actuaciones que limiten el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los

⁶ <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/TACRC/Paginas/BuscadordeResoluciones.aspx>.

⁷ <https://www.cnmc.es/expedientes/um01824>.

principios recogidos en el Capítulo II. No cumplen los principios recogidos en el capítulo II los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio o 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:

1.º 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.

2.º Que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.

3.º Que el operador haya tenido que estar inscrito en un registro de dicho territorio durante un determinado periodo de tiempo.

4.º Que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.

5.º Que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.”

Se destaca el ordinal cuarto (que su personal resida en dicho territorio), por corresponder al supuesto planteado.

Si bien las condiciones de arraigo territorial se han considerado admisibles cuando se exigen como condiciones de ejecución, de acuerdo con lo ya indicado, para que así sea es preciso, en línea con el artículo citado, que respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato. Pues bien, en este supuesto no se advierte justificación de un requisito (la residencia oficial del Director facultativo de las obras y del Coordinador de Seguridad y Salud en la isla donde se desarrollen las actuaciones) que se antoja innecesario para garantizar la debida ejecución de las obras, a diferencia de lo que sería el caso de una pronta disponibilidad.

En el apartado 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas se concretan las funciones del Director Facultativo y del Coordinador de Seguridad y Salud del siguiente modo:

“Director facultativo de las obras (dedicación mínima 25 % de la jornada laboral semanal, y una frecuencia mínima de dos (2) visitas semanales ordinarias durante el periodo de ejecución efectiva de las obras, independientemente de las visitas necesarias derivadas de los aspectos concretos de las obras): técnico facultativo con capacidad legal para firmar los trabajos realizados asumiendo las funciones de director facultativo de las obras.

Coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución de las obras (dedicación mínima 25 % de la jornada laboral semanal, con una frecuencia mínima de tres (3) visitas semanales durante el periodo de ejecución efectiva de las obras, independientemente de las visitas necesarias derivadas de los aspectos concretos de las obras): técnico facultativo competente, con capacidad legal para firmar los trabajos realizados asumiendo las funciones de coordinador de seguridad y salud. El coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución de las obras formará parte de la Dirección facultativa de las obras.”

En el artículo 13.2.c) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, atribuye al Director facultativo de ejecución:

“Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra.”

Y a la figura del llamado “coordinador de seguridad y salud” en obras se ha referido esta Comisión en sus anteriores Informes UM/081/20 de 27 de enero de 2021⁸, UM/090/21 de 17 de noviembre de 2021⁹ y UM/072/23 de 31 de octubre de 2023¹⁰ y cuyas obligaciones se encuentran previstas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre:

“a) Coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad:

1.º Al tomar las decisiones técnicas y de organización con el fin de planificar los distintos trabajos o fases de trabajo que vayan a desarrollarse simultánea o sucesivamente.

2.º Al estimar la duración requerida para la ejecución de estos distintos trabajos o fases de trabajo.

b) Coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva que se recogen en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales durante la ejecución de la obra y, en particular, en las tareas o actividades a que se refiere el artículo 10 de este Real Decreto.

c) Aprobar el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista y, en su caso, las modificaciones introducidas en el mismo. Conforme a lo

⁸ <https://www.cnmc.es/node/386309>.

⁹ <https://www.cnmc.es/expedientes/um09021>.

¹⁰ <https://www.cnmc.es/expedientes/um07223>.

dispuesto en el último párrafo del apartado 2 del artículo 7, la dirección facultativa asumirá esta función cuando no fuera necesaria la designación de coordinador.

d) Organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

e) Coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo.

f) Adoptar las medidas necesarias para que sólo las personas autorizadas puedan acceder a la obra. La dirección facultativa asumirá esta función cuando no fuera necesaria la designación de coordinador.”

Al respecto, razona la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 521/2022, de 6 de mayo (rec.370/2022):

“En primer lugar, hay que señalar que, si bien es cierto que la ubicación de la cláusula controvertida dentro del apartado de solvencia técnica o profesional del PCAP, pudiera dar lugar a una inicial confusión, enseguida se descarta con la lectura de las transcripciones hechas anteriormente de los correspondientes apartados y cláusulas del PCAP y del PPT, constatándose (veáanse los subrayados que hemos realizado) la clara voluntad del órgano de contratación en su configuración como medio de adscripción para la ejecución del contrato, únicamente exigible al propuesto como adjudicatario, no suponiendo, por lo tanto, una obligación impuesta a los licitadores que pudiera suponer una conculcación del principio de igualdad y no discriminación o limitativo de la concurrencia. Tampoco, se puede deducir, en absoluto, que se pretenda configurar como un criterio de valoración de las ofertas.

Por otra parte, como se alega en el informe sobre el recurso, “No obliga a la acreditación de un domicilio social u oficina en propiedad, o cualquier otra condición de pertenencia o posesión previa al acto de presentación de ofertas”.

En segundo lugar, la exigencia impuesta en el PPT, de que se persone en la obra la dirección facultativa en un plazo máximo de 4 horas, a requerimiento de la Administración local y sin necesidad de preaviso alguno, justifica el establecimiento obligatorio de la oficina abierta en Santander como medio de adscripción a la ejecución del contrato que debe contar con los medios técnicos y dotaciones suficientes para la ejecución del contrato.

El órgano de contratación en el informe sobre el recurso abunda en apoyo a la exigencia de este medio de ejecución prevista en el PPT, con la siguiente argumentación:

“la obligación transcrita, no está formulada como criterio de solvencia de los licitadores, constituye un requisito que se exige únicamente al licitador propuesto como adjudicatario, como concreción de las condiciones de solvencia técnica, para poder llevar a cabo estos servicios profesionales de forma eficiente en relación con el objeto del contrato, que es la rehabilitación de un edificio con categoría de BIC.

Esta necesidad está explicitada en el PPT, para la correcta ejecución de este servicio de dirección de obras, en el que se requiere la presencia en la obra de los profesionales contratados, en un plazo máximo de 4 horas, cuando fuera requerido.

Se debe a la necesidad de establecer por la administración las condiciones mínimas de presencia de los técnicos contratados en la ejecución de la obra, para garantizar el correcto desarrollo de su ejecución, está justificada por las específicas necesidades que concurren en la dirección de este proyecto de obras de rehabilitación, en edificio catalogado como Bien de Interés Cultural (BIC) y cuya ejecución es particularmente compleja, para lo cual la administración debe establecer las condiciones de acreditación de la ejecución del contrato de forma que garanticen su presencia en las obras cuando fueren requeridos.

Esta condición no se exige a los licitadores, se exige únicamente al propuesto como adjudicatario, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150.2 de la LCSP por tanto no es condición de solvencia de los licitadores, constituye una concreción de los medios que se adscriben a la ejecución del contrato.

En consecuencia, esta circunstancia está justificada en la necesidad objetiva de asegurar el cumplimiento y presencia de los profesionales contratados para la dirección de la obra y la debida asistencia durante la ejecución de la obra, indicado en el PPT.

Es proporcionada con el objeto del contrato y consta su justificación en el PPT”.

A lo anteriormente expuesto, cabe añadir que con respecto al director de la ejecución de la obra, objeto de contratación del lote 2, la Ley de Ordenación de la Edificación al detallar las funciones y obligaciones del mismo, de su lectura se deduce que su presencia física en la obra debe ser casi permanente, por lo que parece aconsejar y justificar, medidas como la adoptada:

“Artículo 13. El director de la ejecución de la obra.

El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.

Son obligaciones del director de la ejecución de la obra:

(..)

b) Verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas.

c) Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra”. (los subrayados son nuestros)

En el caso objeto de este recurso, la exigencia de una oficina abierta en la localidad en la que ha de prestarse el servicio no se impone a los licitadores como un criterio de solvencia ni de adjudicación, sino únicamente a la adjudicataria como una condición de ejecución del contrato que el órgano de contratación ha motivado en los términos ya advertidos, sin que se aprecie que exceda de la discrecionalidad técnica de la que goza aquél para establecer el objeto del contrato y las prestaciones que lo definen y sin apreciar falta de relación con el objeto del contrato ni desproporción en esta exigencia, en los términos que el informe del órgano de contratación al recurso expone. También, en consecuencia, ha de desestimarse el recurso en este punto.”

El Pliego de Prescripciones Técnicas no exige una presencia cuasi permanente en la obra, sino un mínimo de 2 y 3 visitas semanales, ni una pronta disponibilidad, sino las visitas necesarias derivadas de los aspectos concretos de las obras, de modo que el requisito de “residencia oficial” en la isla, que apunta al domicilio (artículo 40 del Código Civil) o, al menos, a la identificación de un lugar como de establecimiento reconocido, no resulta necesario para asegurar el desempeño de las labores propias de estos profesionales. De reclamarse disponibilidad, como es el caso en los términos indicados, es carga del adjudicatario garantizar ésta por parte de su personal, para lo cual no es preciso que éste resida en la isla, porque, aunque esa residencia sin duda facilita la disponibilidad, una residencia en una isla próxima o incluso en otro lugar puede permitir la presencia del director facultativo y coordinador de seguridad y salud con la frecuencia establecida o su desplazamiento en breve lapso, de manera que la exigencia de residencia oficial en una isla determinada, con los inconvenientes que puede conllevar para el personal, resulta desproporcionada.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se concluye que:

La exigencia prevista en Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del expediente SE/2024/04 de contratación de la “Dirección facultativa, inspección, control y vigilancia y coordinación de seguridad y salud de las obras de desmontaje,

retirada y gestión de residuos de construcción-demolición del antiguo emisario de la EDAR de Ibiza-Eivissa (Illes Balears)”, de que el Director facultativo y el Coordinador de Seguridad y Salud, tengan su residencia oficial en la isla de ejecución del contrato resulta contraria al artículo 18 LGUM al establecer una condición de ejecución caracterizada por el arraigo territorial que resulta desproporcionada.