



Recurso nº 1724/2021
Resolución nº1888/2021
Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. A. M. P. R., contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el procedimiento para la contratación del “*servicio de agencia de detectives en Andalucía*” y con número de Expediente CG-2022/4160/0003, convocado por Dirección General de IBERMUTUA, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 29 de octubre de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el procedimiento para la contratación del “*servicio de agencia de detectives en Andalucía*” y con número de Expediente CG-2022/4160/0003, convocado por Dirección General de IBERMUTUA. Dicho contrato tiene un valor estimado de 577.200,00 euros.

Segundo. Transcurrido el plazo para la presentación de proposiciones, se han presentado a la citada licitación: CARANDE INVEST, S.L.; INTELLIGENTIA PRO JUSTITIA, S.L.; y JOSE EMILIO FERNANDEZ RUIZ representante UTE.

Tercero. Contra el anterior anuncio y pliego, D. A. M. P. R., en su condición de detective privado interpone recurso especial en materia de contratación; recurso que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 18 de noviembre.

Cuarto. En fecha 3 de diciembre de 2021 la secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos hubiera presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de acuerdo con el artículo 45.1 LCSP.

Segundo. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1.a) LCSP.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios que supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 € y además los actos recurridos, los pliegos y el anuncio se refieren a actuaciones susceptible de revisión ex artículo 44.2. a) de la LCSP.

Cuarto. La recurrente se encuentra legitimada como empresaria que tiene interés en la licitación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, a cuyo tenor: *“Podrá interponer la correspondiente reclamación toda 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 de reclamación”*. Así, siendo la actora detective privada manifiesta en el escrito de interposición su interés en haber participado en la licitación de no constar las cláusulas que viene ahora a impugnar por lo que debe reconocérsele legitimación.

Quinto. Pasando a analizar el fondo del recurso, la recurrente se alza contra el anuncio y pliegos que rigen la licitación con base en un único motivo, la impugnación de los requisitos de participación de los licitadores que figuran en el anuncio de la licitación, como la cláusula 21 del PCAP y la cláusula 19.2.2 del PCAP en cuanto que contienen un criterio de arraigo territorial bien como justificación de requisito de participación bien como criterio cuantificable mediante fórmulas automáticas.

Argumenta la actora que *“en esta licitación se exige como requisito de participación tener tres despachos, en tres emplazamientos geográficos diferentes, concretamente en Sevilla, Granada y Jaén. Al mismo tiempo, el lote cubre todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

Entendemos que el licitador con esta exigencia pretende limitar la libre participación de empresas y/o autónomos del resto de comunidades autónomas, así como del resto de provincias andaluzas. No se justifica cuál es su vinculación con el objeto del contrato, no se han formulado de manera objetiva – al incluir cláusulas de arraigo territorial – ni se ha justificado que la calidad en la prestación del servicio pueda mejorar por el hecho de que la empresa licitadora tenga despachos abiertos en estas provincias.

(...) Estas limitaciones, vulneran el principio de libre concurrencia no estando justificado desde un punto de vista técnico, dado que el licitador ya exige la tenencia de contrato similares por un importe elevado, así como una facturación de una vez y media el importe de la licitación, es decir, 200.000€”.

Además, en referencia a lo establecido como criterio evaluable de puntuación de trabajadores, la actora afirma que “se realiza una discriminación en función del centro de trabajo, solo pudiendo puntuar los trabajadores que a día de hoy tengan un contrato laboral de más de seis meses y estén dados de alta en la comunidad autónoma de Andalucía, discriminando de esta manera al resto de trabajadores, así como de empresas que quisiesen licitar. No existiendo justificación técnica alguna.

No entendemos porque sí puede puntuar un trabajador de Jaén que puede ejecutar un trabajo en Sevilla, y, sin embargo, no puntuaría un trabajador de Ciudad Real para desarrollar el mismo trabajo en Sevilla. La empresa licitadora discrimina a los trabajadores del resto de Comunidades Autónomas, en ningún momento señala que cada trabajador deba trabajar únicamente en su provincia donde está dado de alta en la Seguridad Social. Entiende que un trabajador por el mero hecho de estar dado de alta en Andalucía, tiene que tener una puntuación y el que está dado de alta en otra comunidad, no puntúa”.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo, sostiene la conformidad a derecho de los pliegos rectores del procedimiento, fundamentando la justificación del criterio impugnado en los siguientes términos:

“De los datos expuestos resulta fácilmente colegir que difícilmente puede ejecutarse con normalidad el objeto del contrato sin una adscripción de medios adecuada y real en la

zona geográfica en la que se va a ejecutar la prestación, especialmente si se tiene en consideración que la duración mínima de la investigación debe ser de dos días (exigencia motivada por el hecho de que buena parte de los tribunales desestiman la pericial de un detective si su informe videográfico sólo incorpora evidencias recogidas en un único día), lo que obliga de acuerdo a la estimación de actividad a una presencia permanente en el ámbito geográfico de ejecución del contrato”.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, entramos a valorar el fondo del asunto y, para ello comenzamos transcribiendo lo dispuesto en la cláusula 19.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas: (...):

“1.3.- Medios humanos y materiales: 10 Puntos

1.3.1 Disponibilidad para la realización de investigaciones y seguimientos en horario nocturno, fines de semana y festivos sin coste adicional. Se valorará con 5 puntos, otorgando 5 puntos a aquellas empresas licitadoras que oferten esta disponibilidad y 0 puntos a aquellas que no lo oferten.

1.3.2 Se valorará la disponibilidad tanto de investigadores como de personal administrativo de soporte a la gestión del servicio para el trámite de documentación, facturación, recepción de llamadas, etc. puesto a disposición de la mutua (5 puntos máximo), puntuándose con la máxima puntuación a la empresa que más personal investigador y administrativo aporte y valorándose el resto de forma proporcional. Para la valoración de este criterio se tomará en consideración exclusivamente aquel personal sujeto a relación laboral cuya antigüedad a la fecha de presentación de ofertas sea superior a seis (6) meses y cuyo centro de trabajo esté comprendido en el ámbito geográfico del lote al que concurra.

Además, en la cláusula 21.1. relativa al SOBRE 1: DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS, figura entre la documentación a incluir la “JUSTIFICACIÓN DE DISPONER DE DESPACHO EN SEVILLA, GRANADA Y JAEN”.

En relación con la admisibilidad o no de los criterios relacionados con el arraigo territorial traemos a colación la doctrina sentada por este Tribunal, pudiendo citar por todas la

Resolución de 6 de abril de 2018, que ya hemos citado en la más reciente resolución 817/2021, de 1 de julio:

«En la Resolución 1103/2015, de 30 de noviembre, se indicó lo siguiente: “En la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/2011, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se indicaba que ‘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’. En el mismo sentido, la ‘Guía sobre contratación pública y competencia’ de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato. En otras ocasiones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/2011, de 9 de febrero). En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado: ‘el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público’, circunstancias que ‘igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración’. Ocurre que en el presente caso la Administración contratante establece en el PCAP una condición de arraigo territorial (la exigencia de contar con una oficina permanente abierta en Madrid), que no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP), cuya admisión no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad requeridos en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad. En este sentido, en la ya citada Resolución 101/2013 el Tribunal declaró lo siguiente: ‘De acuerdo con el precepto citado, además de acreditar la solvencia o, en su caso, clasificación, que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la oportunidad de exigir un plus de solvencia, mediante el establecimiento de la obligación de señalar los concretos medios personales o materiales, como podría ser, en este caso, la «Delegación de Zona». En definitiva, este

compromiso de adscripción de medios 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. En cualquier caso, el límite a la exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato resulta del principio de proporcionalidad, esto es, relación con el objeto y el importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública. Se trata, además, de una obligación cuya acreditación, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, corresponde sólo al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa'. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), señaló que la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, aunque la existencia de esta oficina se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, 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. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Resolución 101/2013 dispuso que, 'la exigencia de «Delegaciones de Zona», de resultar exigible, por cumplir con los principios de la contratación pública, sería admisible –bien como compromiso de adscripción de medios a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego de prescripciones técnicas, siendo intrascendente el título jurídico en cuya virtud se disponga de las citadas «Delegaciones». Por lo tanto, hay que observar cómo se establece en el pliego para conocer si es ajustado a derecho o no como señala el recurrente (...)».

De acuerdo con la doctrina expuesta, deben 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.

En los mismos términos, la JCCPE concluye en su informe 9/2009 que: *“el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público”, circunstancias que “igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración”.*

En el supuesto examinado, la cláusula 18.4 “habilitación empresarial o profesional”, exige –Acreditación de despacho permanente durante la ejecución del contrato en las provincias de Sevilla, Jaén y Granada” y en la cláusula 21.1, dentro del sobre 1, documentación administrativa, se debe presentar “Justificación de disponer de despacho en Sevilla, Granada y Jaén. Por otra parte, en el cuadro resumen de Anexos no está marcada la casilla del Anexo II.2 que se refiere a la declaración de compromiso de adscripción de medios y, en cambio, aparece marcada la casilla correspondiente a la acreditación de disponer de despacho en Sevilla, Granada y Jaén. Lo cual nos lleva a concluir que, pese a lo indicado por la entidad contratante, se exige como requisito para la participación en la licitación y no como compromiso de adscripción o condición de ejecución exigible solamente al adjudicatario.

La cláusula 19.2.2 (1.3.2) del cuadro de características del contrato, al valorar a la “empresa que más personal aporte” y tener en cuenta exclusivamente para la valoración al personal sujeto a relación laboral, con antigüedad mínima y cuyo centro de trabajo esté comprendido en el ámbito geográfico del contrato, indirectamente está incorporando un criterio de arraigo territorial del licitador, pues da a entender que se trata de su propio personal dependiente que además estuviera en su plantilla con anterioridad a la licitación.

Por tanto, hemos de considerar que la exigencia de arraigo territorial al licitador tanto como requisito de participación como en el criterio de valoración impugnado vulnera los principios de igualdad, no discriminación, conculca la libre concurrencia y provoca una situación de desigualdad, contraria a los principios de igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad.

A tenor de lo expuesto, las cláusulas 18.4, 19.2.2 (1.3.2) y 21.1 del cuadro de características del contrato se consideran nulas de pleno derecho, por infracción del artículo 39.1 de la LCSP, en relación con el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, por lo que el recurso es admisible, y se estima.

Procede estimar este motivo de impugnación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. A. M. P. R., contra el anuncio de licitación y las cláusulas citadas de los pliegos que rigen el procedimiento para la contratación del “servicio de agencia de detectives en Andalucía” y con número de Expediente CG-2022/4160/0003, convocado por Dirección General de IBERMUTUA, anulando los pliegos en la parte impugnada y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación de dicho pliego.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.