



Recursos nº 036/2014 y 071/2014

Resolución nº 125/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de febrero de 2014.

VISTOS los recursos interpuestos por D.J.V.R., en representación de la sociedad LOGISMAN ARAGON, S.L. (recurso 036/2014), y por D.J.U.G., en representación de la mercantil DOCOUT, S.L. (recurso 071/2014), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de “*Servicios documentales y archivo externo de la documentación generada por MUFACE*” (expediente 21/2014) convocado por la MUTUALIDAD GENERAL DE FUNCIONARIOS CIVILES DEL ESTADO (MUFACE), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano de contratación de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (en adelante, MUFACE) convocó, mediante anuncios publicados en el BOE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público los días 27 y 30 de diciembre de 2013, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios documentales y archivo externo de la documentación generada por MUFACE, cuyo valor estimado es de 220.200 euros.

Segundo. Con fecha de 17 de enero de 2014, D.J.V.R., en representación de la sociedad LOGISMAN ARAGON, S.L., interpuso recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) aplicable al referido contrato.

El 29 de enero de 2014 D.J.U.G., en representación de la sociedad DOCOUT, S.L., interpuso también recurso especial contra el PPT del contrato de referencia.



Tercero. El órgano de contratación emitió, el día 22 de enero de 2014, el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

Cuarto. Con fechas de 3 y de 5 de febrero de 2014 la Secretaría del Tribunal dio traslado a los licitadores de los recursos especiales interpuestos por las sociedades LOGISMAN ARAGON, S.L. y DOCOUT, S.L., otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de las empresas que concurren a la licitación haya formulado alegaciones.

Quinto. El 5 de febrero de 2014 el Tribunal acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.5 del TRLCSP, por ser la entidad contratante un poder adjudicador que, sin tener la consideración de Administración Pública, se encuentra vinculado a la Administración General del Estado.

Segundo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación de acuerdo con el artículo 46.1 del TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recursos números 036/2014 y 071/2014, al guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión por impugnarse en ambos casos, y por similares motivos, el PPT aplicable al contrato de continua referencia.

Tercero. El contrato objeto de los recursos que se consideran es un contrato de servicios comprendido en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP que, aunque no se encuentra sujeto a regulación armonizada, tiene un valor estimado superior a 200.000 euros, por lo que



es susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP.

Es objeto de ambos recursos el PPT por el que se rige el citado contrato, acto susceptible de recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por personas legitimadas para ello (artículo 42 del TRLCSP), pues las empresas recurrentes pueden, por razón de su objeto, concurrir a la licitación, cuyo PPT consideran contrario a Derecho y a sus intereses.

Quinto. En los dos recursos que se examina se ha efectuado el anuncio previo al órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Sexto. Procede examinar si los recursos han sido interpuestos dentro del plazo de quince días hábiles establecido al efecto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, a cuyo tenor *“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 el que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”*.

Puesto que el acceso a los pliegos se ha facilitado por medios electrónicos, concretamente a través del perfil del contratante, el Tribunal hace suyo el criterio manifestado por la Audiencia Nacional (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, recurso 264/2011) en su sentencia de 30 de octubre de 2013, con arreglo al cual, en supuestos como el que se examina, el *dies a quo*, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días para interponer recurso especial contra los pliegos no es, como venía entendiendo el Tribunal por razones de seguridad jurídica, el día en que expire el plazo para presentar las proposiciones, sino el día en que tiene lugar la publicación de los anuncios de licitación, pues desde esa fecha pudo el interesado acceder al pliego en el lugar indicado en los anuncios.

En la citada sentencia de 30 de octubre de 2013 la Audiencia Nacional fundamenta su criterio en las siguientes consideraciones:



“Frente a ello no puede sostenerse jurídicamente el criterio que el TACRC mantiene de que cuando el acto recurrido sean los pliegos y su puesta a disposición haya tenido lugar por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o bien no se pueda determinar fehacientemente la fecha de puesta a disposición de los pliegos, debe computarse dicho plazo por razones de seguridad jurídica a partir de la fecha límite de presentación de proposiciones (...), por varias razones: A.- Porque es el propio anuncio el que hace constar que el Pliego puede recogerse de las oficinas, por lo que los interesados pudieron tener acceso al mismo desde ese momento, sin que pueda alegarse desconocimiento de una publicación oficial (BOE y DOUE), o si desde luego se alega, no es jurídicamente vinculante. B.- Porque la fehaciencia de la fecha de puesta a disposición de los pliegos debe depender de un dato objetivo, ya sea la publicación o ya sea la solicitud del interesado solicitando su remisión, no de un hecho aleatorio cual es el día en que el interesado decida tomar conocimiento de los mismos. C.- Porque, y enlazando con el argumento anterior, la eficacia de una norma, en este caso de los pliegos, no puede depender de que la parte quiera o no quiera conocerlos, para que en este último caso se interprete la norma de manera favorable a aquél que con su actuación negligente, pasiva o abusiva impidió tomar razón de los mismos, interpretación ésta además acorde con la que en materia de obligaciones y contratos se sigue en el Código Civil art. 1.262, y D.- Por último, porque el plazo de interposición del recurso es improrrogable y materia de orden público por lo que no puede dejarse su señalamiento al arbitrio de una de las partes contratantes, sin que pueda ampliarse a su favor por el simple hecho de no acudir a consultarlos o recogerlos del punto de contacto indicado en el anuncio. Dicha interpretación es arbitraria y contraria a derecho”.

Así las cosas, dado que en el supuesto que se examina no hay constancia de que los recurrentes solicitaran la remisión de los pliegos, y teniendo en cuenta que los anuncios de la licitación se publicaron en el BOE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público los días 27 y 30 de diciembre de 2013, respectivamente, ha de entenderse que el recurso interpuesto por LOGISMAN ARAGON, S.L. (con registro en el Tribunal el 17 de enero de 2014), ha sido interpuesto dentro de plazo, no así el de la empresa DOCOUT, S.L. (presentado ante el Tribunal el 29 de enero de 2014), por superarse ampliamente el mencionado plazo legal de 15 días hábiles.



Considera el Tribunal que desde el 27 de diciembre de 2013 (fecha de publicación del anuncio en el BOE) o, si se quiere, desde el día 30 de dicho mes y año (fecha de publicación del anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público) los licitadores pudieron acceder al PPT objeto de impugnación, sin que sean relevantes, a estos efectos, las rectificaciones de los anuncios publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público los días 9 y 23 de enero de 2014, pues dichas rectificaciones consistieron, en el primer caso, en la inclusión del Anexo al PCAP (que no es objeto de recurso) y, en el segundo caso, en la modificación de la hora de apertura de ofertas económicas.

En consecuencia, procede inadmitir, por extemporáneo, el recurso interpuesto por la empresa DOCOUT, S.L., limitándose el examen del Tribunal al recurso interpuesto por la sociedad LOGISMAN ARAGÓN, S.L.

Séptimo. Entrando en el fondo del asunto, la empresa LOGISMAN ARAGÓN S.L invoca en su recurso una infracción del principio de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación e igualdad de trato a los licitadores (artículos 1, 117 y 139 del TRLCSP) por incluir el PPT, en sus cláusulas 4 y 5, exigencias que a su juicio imitan injustificadamente la concurrencia.

En concreto, el PPT del contrato que se examina que, como se ha indicado, tiene por objeto la contratación de servicios documentales y de archivo externo de la documentación generada por MUFACE, dispone lo siguiente en sus cláusulas 4 y 5:

“4. DEPÓSITO, CUSTODIA Y SEGURIDAD DE LOS FONDOS DOCUMENTALES.

(...)

Dichos depósitos se localizarán en un radio no superior a 60 KM del municipio de Madrid, desde el inicio de los trabajos y durante toda la ejecución del mismo.”

(...)

5. GESTIÓN Y CONSULTA DE LOS FONDOS EN DEPÓSITO.

(...)



Cuando MUFACE precise consultar un documento, se pedirá la unidad de instalación completa donde se encuentre ubicado. La petición se enviará a la empresa adjudicataria mediante fax o correo electrónico. El adjudicatario, al siguiente día hábil en el caso de consultas formales o en dos horas en caso de consultas urgentes, enviará las unidades de instalación solicitadas junto con un albarán de entrega donde se registrará el número total de cajas entregadas. (...)”.

Considera la recurrente que la exigencia de la cláusula 4 del PPT de que las instalaciones de los licitadores tengan que estar ubicadas en un radio no superior a 60 kilómetros del municipio de Madrid limita de forma injustificada la concurrencia y excluye de la licitación a empresas como la recurrente, cuyas instalaciones no se encuentran en la Comunidad de Madrid sino en Zaragoza.

Y entiende que es también restrictiva de la concurrencia y contraria al principio de igualdad la exigencia de la cláusula 5 del PPT de que, en casos de urgencia, el adjudicatario tenga que enviar la documentación requerida por MUFACE en el plazo de dos horas, obviando dicha exigencia que existen modalidades de envío por medios telemáticos seguros, cifrados, y respetuosos con la Ley Orgánica de Protección de Datos, e incrementando innecesariamente los costes de ejecución del contrato.

Octavo. El órgano de contratación, por su parte, considera que el sistema de servicio de archivo documental funciona para MUFACE siempre y cuando la empresa adjudicataria cumpla los requisitos previstos en el Pliego. Señala que el personal de archivo de MUFACE valora el tiempo de entrega de cada una de las solicitudes de los departamentos y las unifica para ahorrar costes, pues si se acumulan peticiones se pagan menos costes de envío. Y se acumulan las peticiones porque se parte de que, con toda seguridad, al día siguiente se tendrá la documentación solicitada. Considera que la distancia de las instalaciones de archivo documental externo es fundamental para la correcta ejecución del contrato, pues a mayor distancia no se dará cumplimiento a los plazos exigidos. Y que dichas consideraciones son aplicables con mayor razón cuando se trata de envíos urgentes, en los que un retraso puede suponer no dar solución a lo solicitado (informe de un recurso, declaración ante la AEAT...). Concluye que la delimitación de kilometraje para las instalaciones de archivo externo de la cláusula 4 del PPT es un criterio que sólo contribuye a asegurar que se mantendrá el servicio a los mutualistas, a la vez que se reducen costes.



Añade que la documentación custodiada en virtud del contrato que se considera tiene un alto nivel de protección, por tratarse, en muchos casos, de temas sanitarios. Por tal motivo se establece en el PPT que la empresa sólo tendrá acceso a una base de datos en la que se identifique cada Unidad de instalación con dos campos: uno numérico (código de caja) y otro alfanumérico (caja), para garantizar la opacidad de la información. Se prevé en los pliegos que si MUFACE precisa un documento, se pedirá la unidad de instalación completa en la que se encuentre ubicado, y con estos criterios establecidos por MUFACE, en su condición de titular de los fondos y como parte contratante, queda excluida la posibilidad de enviar la información digitalizada o por cualquier otro mecanismo que requiera acceder al contenido de las cajas.

Noveno. Planteadas, en los términos anteriores, las cuestiones objeto de debate, por razones sistemáticas se examinará en primer lugar la adecuación a Derecho de la cláusula 5 del PPT, que exige al adjudicatario la remisión de los documentos solicitados por MUFACE en el plazo de un día hábil, con carácter general, y en el plazo de dos horas, cuando se trate de envíos urgentes.

Con carácter general cabe señalar que corresponde al órgano de contratación delimitar, del modo que resulte más conveniente al interés público, el objeto del contrato y la concreta forma de ejecutar las prestaciones que lo conforman, pudiendo establecer en los Pliegos, a tal efecto, los requisitos de solvencia y las condiciones de ejecución del contrato que mejor garanticen el buen fin de la contratación, sin que el hecho de que unos contratistas puedan cumplirlos y otros no implique, *per se*, discriminación ni vulneración de los principios consagrados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

En consecuencia, si las condiciones de ejecución del contrato impuestas en un Pliego responden no a un designio arbitrario del órgano de contratación, sino a un interés general objetivamente atendible, de tal forma que pueda entenderse que mediante su establecimiento se pretende garantizar la adecuada satisfacción de las necesidades a las que responde la contratación, su imposición resultará admisible sin que ello implique restricción ni limitación injustificada de la concurrencia.

Así las cosas, procede examinar si la exigencia contenida en la cláusula 5 del PPT responde a un interés general objetivo que justifique su imposición.



Señala MUFACE que la documentación a la que se refiere el contrato tiene un nivel de protección alto, por estar relacionada, en muchos casos, con los datos sanitarios de los mutualistas, razón por la cual se ha establecido en el PPT que la adjudicataria sólo tendrá acceso a una base de datos en las que se identifica cada Unidad de Instalación (esto es, cada caja de archivo adaptada al formato de la cláusula 9 del PPT) con dos campos, uno numérico, que se refiere al código de la caja, y otro alfanumérico, que identifica la caja, de tal forma que cuando MUFACE necesite un documento reclamará la Unidad de instalación completa (la caja) en la que el concreto documento está ubicado, sin que la adjudicataria nunca tenga, en consecuencia, acceso directo a los concretos documentos custodiados. El Tribunal considera que esta previsión de los Pliegos forma parte del ámbito de decisión de MUFACE que, como titular de un archivo de documentos de carácter personal y contenido confidencial o sensible, puede establecer las cautelas que considere convenientes para salvaguardar el secreto de los datos sanitarios cuya gestión tiene encomendada.

Este sistema de depósito y consulta de los documentos establecido en los Pliegos que, se insiste, entra dentro del ámbito de decisión discrecional de la entidad contratante y no resulta jurídicamente objetable, impide al adjudicatario la remisión de los documentos solicitados por MUFACE mediante su digitalización o a través de cualquier otro sistema que entrañe su manipulación directa para su posterior remisión telemática.

La cláusula 5 del PPT establece un plazo general de un día hábil para el envío de las unidades de instalación que contengan los documentos solicitados por MUFACE, y de dos horas en casos de urgencia. El establecimiento de estos plazos opera también como condición de ejecución, y resulta objetivamente justificable en la medida en que dicha Mutualidad tenga que responder con premura a los requerimientos de información efectuados por Juzgados y órganos u organismos administrativos (como afirma MUFACE y no se cuestiona por el Tribunal), y en la medida en que por tal motivo interese a MUFACE disponer, a través de la contratación de un servicio de archivo externo, de la misma inmediatez y agilidad que tendría a través de un archivo interno. Abunda en ello la cláusula 2 del PPT al disponer que *“los fondos serán procesados en el mismo orden y clasificación en que actualmente se encuentran, permitiendo la consulta documental inmediata en todo momento”*.



Por todo ello, el Tribunal considera que la cláusula 5 del PPT establece unas condiciones de ejecución objetivamente relacionadas con la satisfacción de las necesidades que subyacen en la contratación, y que dicha cláusula no es contraria a Derecho, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

Décimo. La Cláusula 4 del PPT establece la exigencia de que los depósitos en los que se custodien los fondos documentales de MUFACE estén localizados en un radio no superior a 60 kilómetros de Madrid.

La sociedad recurrente considera que dicha cláusula establece un criterio de arraigo territorial que restringe injustificadamente la concurrencia, y MUFACE sostiene que la delimitación de un kilometraje para dichas instalaciones tiene por objeto garantizar el buen fin del contrato.

Como este Tribunal ha indicado en anteriores ocasiones (Resoluciones 29/2011, de 9 de febrero, 138/2011 y 139/2011, ambas de 11 de mayo y 187/2013, de 23 de mayo, entre otras muchas), *“tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como la Jurisprudencia se han pronunciado acerca de la proscripción de previsiones en los Pliegos que pudieran 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”, “siendo nulas las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones”* (Resolución 217/2012, de 3 de octubre).

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 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*”.

Admitido en el Fundamento de Derecho anterior la adecuación a Derecho de la exigencia de remitir las Unidades de instalación que contengan los documentos solicitados por MUFACE en los plazos indicados (un día hábil, con carácter general, y dos horas, en casos de urgencia), el Tribunal no aprecia fundamento para vincular dicha exigencia temporal (ya de por sí rígida) a una nueva exigencia de carácter espacial. Y ello por cuanto que lo importante, para la adecuada ejecución del contrato, es que los documentos solicitados por MUFACE estén en su poder en los breves plazos indicados, siendo irrelevante para ello la ubicación física de las instalaciones del adjudicatario, siempre y cuando éste, utilizando uno u otro medio de transporte, sea capaz de respetar los referidos plazos. Exigir una ubicación física delimitada por un determinado kilometraje (inclusión de las instalaciones en un radio de 60 kilómetros del municipio de Madrid) excluye, *de facto*, de la licitación, a todas aquellas empresas cuyas instalaciones estén fuera de dicho área pero puedan objetivamente cumplir temporalmente los plazos de remisión previstos en el PPT.

Por todo lo expuesto, procede estimar el presente motivo de recurso, acordando la anulación del procedimiento y la retroacción de las actuaciones con elaboración de un nuevo Pliego que se adapte a las consideraciones contenidas en este Fundamento de Derecho.

Por todo lo expuesto,

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

Primero. Inadmitir, por extemporáneo, el recurso interpuesto por D.J.U.G., en representación de la mercantil DOCOUT, S.L. (recurso 071/2014), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de “*Servicios documentales y archivo externo de la documentación generada por MUFACE*” convocado por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE)



Segundo. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D.J.V.R., en representación de la sociedad LOGISMAN ARAGON, S.L. (recurso 036/2014), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del referido contrato, anulando la cláusula 4 de dicho Pliego y ordenando la retroacción de las actuaciones y la elaboración de un nuevo Pliego adaptado a las consideraciones contenidas en el Fundamento de Derecho Décimo de la presente Resolución.

Tercero. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación acordada de conformidad con los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Cuarto. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 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.