



Recurso nº 1023/2023 C.A. Principado de Asturias 37/2023

Resolución nº 1151/2023

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. P.L.C., en representación de ORGANIZACIÓN Y GUARDA DE ARCHIVOS S.L., contra los pliegos que rigen la licitación para contratar el “*Servicio de organización, depósito y gestión de fondos documentales producidos por el Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias*”, expediente 2023000340, convocada por el Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha de 28 de junio de 2023 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), el anuncio correspondiente a la presente licitación acompañado de todos los documentos que han de regir la misma.

Se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 119.876,54 euros.

Segundo. A la licitación, una vez finalizado el pasado 17 de julio de 2023 el plazo de presentación de proposiciones, han concurrido tres empresas; entre ellas no se encuentra la mercantil aquí actora.

Tercero. En fecha de 19 de julio de 2023 la representante legal de ORGANIZACIÓN Y GUARDA DE ARCHIVOS S.L., ante el Registro electrónico de este Tribunal, interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación por entender que albergan un criterio de arraigo territorial vedado por nuestro ordenamiento jurídico.

Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico



español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 24 de julio de 2023, en el que se concluye que procede rechazar el recurso especial presentado.

Quinto. El día 24 de julio de 2023 la Secretaría del Tribunal otorgó trámite de audiencia a interesados, dando traslado del recurso interpuesto a los tres licitadores que han concurrido a la licitación, confiriéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, trámite que no ha sido evacuado por ninguna empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer de este recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 de la LCSP y 10.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y el Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 8 de octubre de 2021 (BOE de fecha 29 de octubre siguiente).

Segundo. Se trata de un contrato de servicios que supera el umbral cuantitativo previsto en el artículo 44.1.a) de la LCSP, así como de un acto recurrible al dirigirse contra los pliegos que rigen el contrato, con arreglo al artículo 44.2.a) del citado texto legal

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legalmente establecido de conformidad con el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Cuarto. En cuanto a la legitimación de la recurrente, este Tribunal viene admitiendo excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) la legitimación del recurrente que no ha concurrido a la licitación cuando el motivo de impugnación de los pliegos le impide participar en el procedimiento en un plano de igualdad (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 junio de 2013).



En efecto, para admitir legitimación de cara a impugnar los pliegos que rigen una licitación por quien no ha tomado parte en la misma resulta necesario que la entidad recurrente, al menos, se haya visto impedida de participar en virtud de las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

En este sentido, y como se afirma en la Resolución 1166/2019, de 21 de octubre, de este Tribunal, que se cita –a su vez –en la nº 412/2022, de 31 de marzo: *“La regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras)”*.

Pues bien, en el presente caso la recurrente no ha presentado oferta, como se desprende de la relación de licitadores que obra en el expediente, si bien ha postulado en su escrito de recurso la existencia de una circunstancia potencialmente discriminatoria dentro de las reglas que rigen la presente licitación, cual es la posible vulneración del artículo 126 de la LCSP con la exigencia, por parte del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), de que las instalaciones en que vayan a ubicarse los archivos de este contrato estén a una distancia de 40 km. de Oviedo como máximo, lo que conduce a concluir que el recurso reúne los requisitos establecidos por la doctrina recién extractada, en tanto que se sostiene que dicha regla constituye un impedimento para acceder a la licitación.

Procede, así, reconocer interés legítimo a la mercantil actora pese a no haber participado en la licitación.

Quinto. Sostiene la parte recurrente que en el apartado 3 del PPT, relativo a los “Requisitos que deben reunir las instalaciones del depósito” se exige que las dependencias aportadas por



la empresa adjudicataria, para la guarda y custodia de los fondos objeto del contrato, se encuentre a una distancia máxima de 40 Km. contados a partir del nº 16 de la calle Marqués de Teverga de Oviedo, donde se encuentran ubicados los servicios centrales del órgano contratante.

A su vez, señala que en el apartado 2.B `Consultas´ del mismo Pliego se establecen plazos de entrega física de la documentación custodiada y, para el caso de las consultas urgentes, de 3 horas, por lo que, a su juicio, no se justifica que se exija dicha proximidad.

Asimismo, resalta que no se establece la posibilidad de que las consultas sean digitales (envío del documento escaneado por medios seguros), cuando no se trate de procedimientos que requieran que la documentación sea original.

Aduce que el tiempo estimado, desde que se recibe una solicitud de préstamo hasta que el expediente sale el centro de custodia hacia su destino, es de aproximadamente 15 minutos. El recurrente afirma que dispone de un Centro de Custodia en la localidad de Villacedré (León) a 122 Km de distancia de la dirección de entrega y, aun así, refiere que no puede concurrir a este procedimiento.

Una vez analizados los trabajos objeto de la presente contratación (Custodia externa), y los plazos determinados en el propio pliego para la gestión del préstamo (en el caso del urgente es de 3 horas), no consideran justificado que se exija que el Centro de Custodia se encuentre a una distancia no superior a 40 Km de las señas ya indicadas de la ciudad de Oviedo, pues existen otros rangos de distancia que permiten dar servicio en ese plazo.

De este modo motiva que dicho apartado (apartado 3 `Requisitos que deben reunir las instalaciones del depósito´) infringe el principio de libertad y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, contemplado en el artículo 1 de la LCSP.

En concreto, en su artículo 126 `Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas´ el citado texto legal dispone: *“Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*.



A continuación, cita –en referencia al mencionado precepto que existe jurisprudencia a favor de la anulación de la exigencia de una distancia máxima para los centros de custodia:

- *“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.

A raíz de lo anterior, concluye que el precepto en cuestión limita de forma no justificada y arbitraria la concurrencia al procedimiento.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación considera que en el presente caso este Organismo Autónomo establece la exigencia de la distancia máxima de las instalaciones como una característica más de los locales para la empresa adjudicataria.

Alude que esta característica no puede entenderse como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como un compromiso de adscripción de medios, sólo exigible al adjudicatario, como se desprende de la lectura de los pliegos a los licitadores no se le exige aportar información alguna sobre las instalaciones, por cuanto no limita la posibilidad de concurrir a la licitación.



En este sentido, el informe al recurso alude a la Resolución 101/2013 de este Tribunal, en la que se 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 uno medios concretos , de entre aquellos que sirvieron para declarar al licitador idóneo para contratar con la Administración. En cualquier caso el limite 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 – siendo intrascendente el título jurídico en cuya virtud se disponga las citadas delegaciones. Por lo tanto, hay que observar como se establece en el pliego para conocer si es ajustado a derecho o no como señala el recurrente”*

En cuanto a la justificación y proporcionalidad de la exigencia relacionada con la distancia máxima, como se establece en las necesidades administrativas a satisfacer es imprescindible para el buen funcionamiento tener la documentación objeto del contrato a disposición de forma rápida y ágil, y hay que tener en especial consideración tanto la realidad geográfica en la que se ubica el Organismo como las infraestructuras disponibles en esta realidad geográfica, ya



que tanto en Oviedo, como en el interior de Asturias, no es raro que durante la temporada invernal y debido a las circunstancias climatológicas las carreteras e incluso las infraestructuras ferroviarias estén cortadas durante periodos de tiempo inciertos. Esta realidad, propia y específica de la ubicación concreta exige que el depósito documental no esté demasiado lejos por lo que interpretamos que dada la ubicación específica del Servicio y de las infraestructuras disponibles de acceso, los 40 kilómetros es una distancia generosa si realmente queremos garantizar la disponibilidad del acceso de forma permanente.

Motiva el citado informe al recurso que, si el depósito se ubica en León como pretende el interesado, a 122 kilómetros de la sede del SEPEPA y con el puerto del Huerna a atravesar, es fácil que el plazo de tres horas exigido para entregar la documentación sea de imposible cumplimiento durante algunos periodos del año por la situación climatológica.

A su vez, la inspección periódica del depósito documental que establecen los pliegos, con objeto de garantizar la debida conservación y disponibilidad de la documentación aconseja que el depósito no se ubique muy lejos para evitar desplazamientos prolongados de los empleados públicos que desempeñan sus funciones en el Organismo.

Por último, sostiene en cuanto a la remisión digital que un número muy elevado de expedientes obran en soporte papel, y que se trata de documentación confidencial (subvenciones, formación para el empleo, centros especiales de empleo, colectivos vulnerables etc.), contando con expedientes que pueden constar de hasta 3.000 paginas por las dos caras. De este modo, considera que sería muy complicado el digitalizarlos en un corto espacio de tiempo y remitir por correo electrónico, y al digitalizarlos se podría dificultar su lectura, al margen de que en muchas ocasiones se necesita la documentación original.

Séptimo. A la vista de las alegaciones de las partes, corresponde acudir a doctrina de este Tribunal sobre las exigencias de arraigo territorial, que se condensa en su Resolución 521/2022, de 6 de mayo, en la que se razonaba:

“Las cláusulas de ‘arraigo territorial’ han sido declaradas ilegales por este Tribunal en numerosas ocasiones por ser contrarias a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato cuando han sido dispuestas como criterios de adjudicación o cuando se han establecido como condición de aptitud para contratar con el sector público. Fuera de estos dos supuestos, no se ha descartado su establecimiento, siempre que no fuera contrario a los



principios de concurrencia e igualdad ni al principio de proporcionalidad. Así se ha permitido su exigencia como medio de adscripción para la ejecución del contrato, si se cumplían los requisitos anteriormente fijados y si se exigía únicamente al licitador propuesto como adjudicatario (sentencia TJUE de 27 de octubre de 2005 —asunto C-234/03— y resoluciones de este Tribunal, 1888/2021, 817/2021, y 1103/2015, entre otras muchas)”.

De lo recién extractado cabe concluir que, prima facie, un requerimiento de adscripción de medios en los términos contemplados en los pliegos impugnados puede no resultar contrario a Derecho, siempre que su exigencia se module a la luz de los principios de concurrencia e igualdad de trato, así como al de proporcionalidad (artículo 76.3 de la LCSP). Este contraste deberá verificarse a partir de la justificación que, de acuerdo con lo exigido por el artículo 106.4.c) de la LCSP, debe incorporarse al expediente de contratación, tal y como tuvo ocasión de significar este Tribunal en su Resolución 1092/2022, de 21 de septiembre.

Y he aquí donde radica la tacha en el supuesto aquí analizado: del cotejo del expediente remitido por el órgano de contratación, se comprueba que no consta en el mismo justificación alguna de la inclusión del requerimiento de adscripción de medios materiales fijado en el PPT —siendo especialmente precisamente por ello, como ya se ha apuntado—; y ello determina que, ante la falta de tal justificación en sede del procedimiento de contratación y que no ha sido ofrecida por parte del citado órgano sino a resultas del presente recurso, este Tribunal concluya que no se aprecia proporción entre la distancia máxima a ubicar las instalaciones que albergan los archivos objeto de esta licitación (40 km. de la ciudad de Oviedo) y el tiempo de respuesta otorgado al contratista —para las consultas normales, en principio, más habituales (que deben ser satisfechas a primera hora del día laborable siguiente a la solicitud) y para las de carácter urgente, menos frecuentes (a atender en el plazo máximo de 3 horas)—, por lo que, existiendo un vicio de legalidad, procede estimar el recurso y —con anulación de los pliegos impugnados y cuantas actuaciones subsiguientes se hayan producido en el procedimiento de contratación— ordenar la retroacción del mismo al momento anterior a su confección, a fin de que se justifique adecuadamente cuanto acaba de exponerse.

Ahora bien, esto último no significa que el órgano de contratación haya de acomodarse a las circunstancias singulares concurrentes en la parte actora, no sólo por el centro de custodia disponible por ésta —que puede que encaje, o no, dentro de las necesidades plasmadas, y justificadas, entre la nueva documentación contractual que, en su caso, pueda confeccionar



dicho órgano– que es a quien le corresponde determinar tales necesidades al objeto de asegurar el cumplimiento de los fines que considere que redundan en satisfacer el interés público en este ámbito, así como concretar los medios a través de los cuales debe llegarse a esos fines; sino también por el modo en que las consultas han de efectuarse, pues del expediente sí resulta acreditada –a diferencia de lo anterior– que la decisión de primar las consultas presenciales o en soporte papel frente a las telemáticas o en soporte digital está debidamente motivada, en atención a que la inmensa mayoría de expedientes que obran a cargo del órgano de contratación figuran en aquel soporte y no en éste.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Único. Estimar el recurso interpuesto por D. P.L.C. en representación de ORGANIZACIÓN Y GUARDA DE ARCHIVOS S.L., contra los pliegos que rigen la licitación para contratar el “*Servicio de organización, depósito y gestión de fondos documentales producidos por el Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias*”, convocada por el Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias, que deberá proceder conforme a lo expuesto en la presente Resolución.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES