

Recurso 246/2015**Resolución 433/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 29 de diciembre de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ORGANIZACIÓN Y GUARDA DE ARCHIVOS, S.L.** contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas relativos al contrato denominado “*Servicio de guarda y custodia y gestión administrativa de los fondos documentales generados por los órganos judiciales de Granada*” (Expte. 08/2015), convocado por la Delegación de Gobierno de Granada, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 19 de octubre de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el perfil de contratante anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta Resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 291.320,00 euros.

SEGUNDO. El 29 de octubre de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por ORGANIZACIÓN Y GUARDA DE ARCHIVOS, S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT en adelante) que rigen el procedimiento de licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta Resolución.

Dicho recurso fue recibido en el Registro de este Tribunal el 6 de noviembre de 2015.

TERCERO. El 9 de noviembre de 2015, la Secretaría de este Tribunal solicitó al órgano de contratación, además del expediente de contratación completo, informe relativo a la interposición del recurso, así como listado comprensivo de los licitadores con los datos a efectos de notificaciones.

Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 13 de noviembre.

CUARTO. El 17 de noviembre de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores a efectos de alegaciones por un plazo de cinco días hábiles, resultando que en el plazo concedido para ello las ha presentado la entidad MDA GESTION DE INFORMACION S.L.

QUINTO. En virtud de Resolución de 20 de noviembre de 2015, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según el certificado que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 31, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- (...)



- *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

Sobre la legitimación para recurrir, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (94/2012, de 15 de octubre, 97/2012, de 19 de octubre, 29/2013, de 19 de marzo, 113/2014, de 8 de mayo y 398/2015 de 17 de noviembre, entre otras), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

La recurrente expone en su escrito que los pliegos que han de regir el presente expediente de contratación infringen los principios de igualdad de trato, no discriminación y libertad de concurrencia, establecidos en el TRLCSP y en las normas de desarrollo.

De lo anterior se infiere que los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que los pliegos impugnados restringen sus posibilidades de acceder a la licitación. Por tanto, queda suficientemente acreditada la legitimación de aquella para recurrir por mor del perjuicio alegado y que pretende evitar por medio de la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Como se menciona en la Resolución de este Tribunal 398/2015, de 17 de noviembre, anteriormente invocada *“Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la Resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de*



terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que el recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación del recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho”.

Por lo anterior, este Tribunal concluye que la recurrente ostenta legitimación suficiente para la interposición del recurso.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada pero cuyo valor estimado es de 291.320,00 euros y ha sido convocado por un órgano de la Administración Pública, por lo que siendo el objeto del recurso el PCAP y el PPT, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.b) y 2.a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, El artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone: *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:



a) 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 que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

Por tanto, respecto a los pliegos el cómputo del plazo de quince días hábiles para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP, es decir, a aquel en que se haya culminado la publicidad exigida tanto en los diarios oficiales correspondientes como en el perfil de contratante.

En el presente caso, el anuncio de la licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el perfil de contratante el 19 de octubre de 2015. Es por ello que en dicha fecha quedó completada la publicidad obligatoria de la convocatoria en los términos exigidos por el artículo 142 del TRLCSP, por lo que el plazo para interponer el recurso contra los pliegos se ha de computar desde el 19 de octubre de 2015.

Así pues, como quiera que el escrito de interposición del recurso se presentó en el Registro del órgano de contratación el 29 de octubre de 2015, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente impugna la cláusula tercera del PPT que dispone que *“la custodia se realizará en las dependencias adecuadas para ello de que disponga la empresa adjudicataria, que deberán estar ubicadas a una distancia no mayor*



de 30 Km de la ciudad de Granada”, en la medida que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad en el momento de presentar sus ofertas. A su juicio la configuración actual de los pliegos le impide formular oferta en igualdad de oportunidades, ya que solo aquellas entidades que tengan la ubicación establecida en los pliegos podrían ser adjudicatarias. Así la recurrente señala que ella dispone de centros de custodia en Antequera y Colmenar (Málaga) y que puesto que el tiempo estimado de entrega del expediente es de 10-15 minutos desde que se recibe una solicitud de préstamo hasta que el expediente sale del centro, ella no podría concurrir a la licitación puesto que dichos centros no están ubicados a menos de 30 km de Granada aunque si están a menos de 1 hora y 30 minutos de Granada.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe alega que la configuración de la mencionada cláusula se realizó en base a que los fondos documentales generados por los órganos judiciales requieren una especial consideración, lo que implica una protección especial que se traduce en una mayor cercanía de los propios órganos judiciales y, por ende del órgano de contratación que debe realizar visitas periódicas al centro de custodia para controlar su situación. A ello se une el que la cláusula 4.4 del PPT exige que los préstamos de carácter urgente deben estar satisfechos el día de su petición con un plazo de 3 horas, por lo que esta modalidad de préstamo no está garantizada si el centro de custodia se ubica a una distancia superior a 30 km de Granada porque no solo hay que computar el tiempo estimado desde que se recibe una solicitud hasta que sale el expediente para su destino (10-15 minutos) y el tiempo de traslado desde las localidades de Antequera y Colmenar a Granada capital, sino también el tiempo en que efectivamente se realiza la entrega al órgano judicial una vez que llega al edificio judicial.

Sobre la cuestión relativa a la *territorialidad* ya ha tenido ocasión de manifestarse este Tribunal. Así, en la Resolución 356/2015, de 22 de octubre, se afirmaba *“Pues bien, respecto de este primer motivo de recurso, tanto la Junta*



Consultiva de Contratación Administrativa como la Jurisprudencia se han pronunciado acerca de la prohibición 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 tales previsiones.

Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, señaló 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 éstas, que tal y como señaló el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su resolución 29/2011, de 9 febrero, tampoco pueden ser utilizadas como criterio de valoración.

(...)

Resulta evidente, por tanto, que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta, ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas impugnadas”.

Por otro lado, sobre una licitación con objeto muy similar al presente expediente de contratación y al tratar esta misma cuestión, expone el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 125/2014 de 14 de febrero, a la que alude la recurrente, que “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 la citada resolución 126/2014, el Tribunal Central de Recursos Contractuales analizaba la adecuación a derecho de la cláusula de los pliegos en la que se establecía como condición de ejecución del contrato unos plazos concretos de entrega de la documentación custodiada y además la exigencia de ubicación de las instalaciones para la prestación del servicio en un determinado lugar y al respecto señaló que *“El establecimiento de estos plazos opera también como condición de ejecución, y resulta objetivamente justificable en la medida en que dicha Mutuality 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. (.....)

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 ”

Así, en el caso que nos ocupa, la cláusula 4.4 del PPT establece unos plazos de entrega de la documentación custodiada de:

<<a) **CARACTER NORMAL:** son los solicitados antes de las 13:00 horas, entre lunes y jueves, y la entrega de la documentación será satisfecha el martes y viernes inmediato antes de las 10:00 horas.

b) **CARACTER URGENTE:** estas consultas deberán ser satisfechas el día de su petición con un plazo de 3 horas, o bien si se solicitan a partir de las 13:00 horas, serán satisfechas a la mañana del día siguiente laborable antes de las 10:00 horas.>>

Por tanto, este Tribunal no aprecia fundamento para vincular dicha exigencia temporal (ya de por sí rígida) a una nueva exigencia de carácter espacial, tal y como concluía también el Tribunal Administrativo Central en la citada



resolución, pero además aquella no se establece en los pliegos solo como condición de ejecución del contrato sino como criterio de valoración.

Así, el Anexo VII del PCAP fija como criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor:

<<OFERTA TÉCNICA : 20 puntos

1.- Si la empresa aporta certificado de que cuenta con personal titulado en Archivística o Biblioteconomía o que haya cursado un máster o título de experto en dicha materia (máximo 10 puntos)

2.- Si la empresa cuenta con un sistema de extinción de incendios alternativos al agua dentro del recinto (máximo 5 puntos)

3.- Características de las instalaciones y sistema de seguridad destinadas a la prestación del servicio (máximo 5 puntos):

- Descripción detallada de las instalaciones y seguridad (5 puntos)
- Descripción poco detallada de la instalaciones y/o seguridad (2 puntos)
- No presenta descripción (0 puntos)>>

Pues bien, el Anexo IV del PCAP recoge dentro de la documentación relativa a los criterios de valoración evaluables mediante juicios de valor la “*ubicación de las instalaciones donde se efectuará la prestación de servicio, indicando la dirección postal*”. Por tanto, en la descripción de las instalaciones se ha de indicar la ubicación donde se ha de prestar el servicio y si éste según el PPT ha de prestarse desde un establecimiento ubicado a menos de 30 km de Granada, dicho requisito se ha de valorar en la oferta, por lo que constituye no solo una condición de ejecución del contrato, sino también un criterio de valoración y por tanto contrario al principio de igualdad de trato puesto que supone que sean menos valoradas las ofertas de aquellos licitadores que, teniendo instalaciones



ubicadas a mayor distancia de 30 km de Granada, sin embargo sí pueden cumplir con los plazos de la prestación del servicio que establece el PPT.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) en reciente sentencia de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-552/2013) en la que declara:

“El artículo 23, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, se opone a una exigencia como la controvertida en el litigio principal, formulada como prescripción técnica en las convocatorias de licitación relativas a la prestación de servicios de salud, según la cual las prestaciones médicas objeto de las licitaciones deben ser efectuadas por centros hospitalarios privados situados exclusivamente en un término municipal concreto, que puede no ser el del domicilio de los pacientes a los que van dirigidas esas prestaciones, ya que esa exigencia implica una exclusión automática de los licitadores que no pueden prestar esos servicios en un centro de ese tipo situado en dicho término municipal pero que cumplen todos los demás requisitos de las citadas licitaciones”

Por todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal no puede sino estimar este motivo de recurso y declarar que dicha cláusula 3 in fine del PPT, así como la exigencia en el Anexo IV del PCAP de incluir entre la documentación relativa a los criterios evaluables mediante juicios de valor la indicación de la *“ubicación de las instalaciones donde se prestará el servicio indicando dirección postal”*, infringen el principio de igualdad de trato y no discriminación recogido en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, y conculcan la libre concurrencia, por lo que procede su anulación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ORGANIZACIÓN Y GUARDA DE ARCHIVOS, S.L.** contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas relativos al contrato denominado “*Servicio de guarda y custodia y gestión administrativa de los fondos documentales generados por los órganos judiciales de Granada*” (Expte. 08/2015), convocado por la Delegación de Gobierno de Granada, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la elaboración de los pliegos, a fin de que en los nuevos pliegos que se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar el levantamiento de la medida cautelar de suspensión adoptada por este Tribunal en virtud de resolución de 20 de noviembre de 2015.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

