

Recurso 32/2020

Resolución 268/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 30 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DESTRUCCIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS S.L.** contra el pliego de prescripciones técnicas que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato de servicios denominado “Gestión integral del Archivo Central de las distintas dependencias del Gobierno” (Expte. AL/SV-05/16), convocado por la Delegación del Gobierno en Almería, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de enero de 2020 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, anuncio de licitación por procedimiento abierto y tramitación urgente del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, en dicho día los pliegos y demás documentación fueron puestos a disposición de las posibles personas interesadas.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 137.659,70 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 20 de enero de 2020, tuvo entrada en el registro electrónico de la Junta de Andalucía, dirigido al órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad DESTRUCCIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS S.L.. contra el pliego de prescripciones técnicas (PPT).

CUARTO. Mediante oficio de 22 de enero de 2020, el órgano de contratación remite el recurso, junto con el informe al mismo y el expediente, que se recibe el 29 de enero en el Registro de este Tribunal. Mediante oficio de 13 de febrero de 2020, la Secretaría de este Tribunal solicita el listado de licitadores, que se recibe el 26 de febrero.

QUINTO. Por Resolución de 17 de febrero de 2020 de este Tribunal se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

SÉPTIMO. La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier 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 del recurso.»*

En el supuesto examinado, la recurrente afirma que interpone el recurso contra el pliego de prescripciones técnicas porque considera que una determinada cláusula restringe la libre concurrencia. Así las cosas, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que los pliegos restringen sus posibilidades de acceder a la licitación, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues precisamente las bases de aquella le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos 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 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el pliego de prescripciones técnicas, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el PPT se publicó el 13 de enero de 2020 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose ese día a disposición de las entidades interesadas el contenido del mismo y demás documentos contractuales, por lo que al haberse presentado el escrito de recurso el 20 de enero de 2020 en el registro electrónico de la Junta de Andalucía, dirigido al órgano de contratación, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra una determinada cláusula del PPT que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se declare su nulidad y la del expediente de contratación.

Funda su pretensión la recurrente en que en la cláusula 4.4.2 “*solicitud urgente o extraordinaria de documentación por la Delegación del Gobierno*”, se establezca como exigencia técnica el que las instalaciones han de encontrarse a una distancia que permita cumplir con la obligación de que este tipo de solicitudes deben ser atendidas antes de que se cumpla 1 hora y 30 minutos desde la solicitud.

Alega que por el objeto del contrato y la importancia de los documentos a custodiar, con datos personales del nivel de protección más alto, dicho local debe tener unas características muy particulares, en cuanto a medidas de seguridad, protección contra incendios, control de acceso, etc. y que el exigir un requisito como el de la distancia podría ser causa de restricción a la libertad de contratar, debido a que no es posible dotar de las medidas necesarias un local, y obtener licencia de apertura, en un plazo tan corto de tiempo, lo que sí es posible para empresas ya establecidas en ese radio de actuación, invocando la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 101/2013, de 6 de marzo y 967/2015 de 23 de octubre.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente, señalando que el establecimiento de dicho requisito no puede considerarse como una condición de arraigo territorial. Entiende que la delimitación de la ubicación de la sede de custodia a dicha distancia que cumpla el requisito de entrega en el plazo de 1 hora y 30 minutos ante solicitudes urgentes no



supone un límite a la competencia y libre concurrencia, ya que se puede establecer un radio considerable de distancia a cubrir en dicho intervalo de tiempo de trayecto, en el que se engloban bastantes municipios y polígonos industriales vinculados que pueden albergar unas instalaciones idóneas para ejecutar el servicio, encontrando un equilibrio más que aceptable entre la necesidad de una ágil recuperación de la documentación que sea necesaria, incluidas esas solicitudes urgentes o extraordinarias que demanda el pliego, y la competencia entre posibles empresas interesadas en ese ámbito territorial, ya que se persigue satisfacer unas necesidades de la Administración que precisan de ese componente de agilidad y cercanía.

Añade que la necesidad de contratación viene determinada por la ingente documentación a custodiar y la no disponibilidad de espacio en la sede del órgano, documentación que en el caso del Servicio de Industria, Energía y Minas se compone de proyectos de instalaciones energéticas, explotaciones mineras, pozos con planimetría y un volumen de documentación considerable, y que dada la especial sensibilidad de estos expedientes (pensemos en un accidente en una cantera y que hubiese de disponer de manera urgente de los planos de la misma), no es factible su ubicación en una zona que demore en exceso su disponibilidad, invocando la Sentencia 51/2917 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

SEXTO. Pasando al análisis de la cuestión objeto de controversia, y como se ha expuesto, la recurrente afirma que determinado requisito del PPT relativo a la distancia a la que ha de estar ubicada la instalación vulnera los principios de igualdad y libre concurrencia que debe regir toda licitación pública. Pues bien, de acuerdo con el artículo 28.1 de la LCSP, son las entidades públicas contratantes las que deben determinar con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, fundamentalmente en el pliego de prescripciones técnicas en cuanto a las características de la prestación a licitar.

Este Tribunal ha acuñado una consolidada doctrina sobre las cláusulas de arraigo territorial establecidas en los pliegos (entre las más recientes, las Resoluciones 53/2019, de 27 de febrero, 333/2019, de 18 de octubre, y 49/2020, de 17 de febrero) en términos equivalentes al resto de Órganos de resolución de recursos contractuales (v.g. Resolución 405/2018, de 23 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Acuerdo 91/2018, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, entre otras muchas), habiéndose acogido, en definitiva, la doctrina existente de Órganos consultivos en materia de contratación pública (v.g. Informe 9/09, de 31 de marzo, de la Junta



Consultiva de Contratación Pública del Estado) y de la jurisprudencia nacional y europea acerca de la prohibición de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en la licitación o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial vinculadas al origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo de una empresa en un ámbito geográfico concreto. A la luz de esta doctrina, las cláusulas de arraigo territorial no pueden ser tenidas en cuenta ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación pues, en tanto limitativas de los principios de igualdad y de libre concurrencia, vician de nulidad el contenido de los pliegos, salvo que las mismas estén justificadas en razones imperiosas de interés general y fuesen absolutamente necesarias para garantizar el objetivo que se persigue con el contrato.

En el supuesto analizado, la cláusula impugnada dispone:

“4.4.2 Solicitud “urgente o extraordinaria” de documentación por Delegación del Gobierno.

Deberá ser atendida antes de que se cumplan 1 hora y 30 minutos desde su solicitud con la entrega de la documentación física del expediente, por lo que se exige que las instalaciones se encuentren a una distancia que permitan cumplir con esta exigencia”.

A priori este requisito se configura como una prescripción técnica, lo que lo asemejaría a una condición de ejecución, es decir, que su cumplimiento se exigiría en la fase de ejecución del contrato, siendo así que el artículo 126 de la LCSP dispone:

“Artículo 126. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas.

1. 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”

Habrá que determinar pues si estamos ante el establecimiento de un obstáculo injustificado.

Cabe señalar que desde un punto de vista formal, y por más que se trata de una exigencia incluida en el PPT acorde con las necesidades que se tratan de satisfacer, en la memoria justificativa que consta en el expediente no se contiene ninguna justificación sobre este extremo.



Según la recurrente, la prescripción técnica podría restringir la libre concurrencia debido a que no es posible dotar de las medidas necesarias un local, y obtener licencia de apertura, en un plazo tan corto de tiempo, lo que sí es posible para empresas ya establecidas en ese radio de actuación, por lo que habrá de analizarse la legalidad de la cláusula desde esta perspectiva, que es la alegada por la recurrente. De esta manera no ha de contemplarse la legalidad de la cláusula aisladamente considerada, sino en relación con las condiciones de la licitación, y en particular, con el tiempo previsto para la presentación de las proposiciones.

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente, el anuncio de licitación se publicó en la plataforma el 13 de enero de 2020, y la fecha límite de presentación de ofertas finalizaba el 22 de enero de 2020, a las 9:00 horas. Es decir, el plazo para presentar las proposiciones era de 9 días naturales. Estas condiciones de licitación provocan, como afirma la recurrente, una restricción a la libre concurrencia, ya que en tan breve plazo de tiempo no es posible disponer en el ámbito espacial que cubre el tiempo al que se refiere la cláusula de PPT recurrida, 1 hora y 30 minutos, de un local que reúna los requisitos que exigen los pliegos y que son objeto de valoración, ya que en el Anexo VIII, *Sobre n.º 2. -Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante juicio de valor*”, se establece la obligación de presentar una propuesta técnica, que, en relación con la central de custodia, exige la aportación de la siguiente información:

“En relación con la central de custodia:

d) Descripción de las instalaciones:

- *m2 Totales*
- *m3 de espacio útil para archivos*
- *Metros disponibles para el servicio objeto de contratación.*
- *m2 para oficina y servicios auxiliares*
- *Metros ocupados.*

e) Descripción sistemas de seguridad:

- *Norma generales aplicadas activas y pasivas.*
- *Detección de incendios.*
- *Equipos disponibles.*



- Declarar si el local está clasificado como de riesgo especial bajo con resistencia al fuego RF según normativa.

f) Descripción Vigilancia y Alarmas:

- Normas aplicables.

- Central de Seguridad.

- Equipos disponibles.

- Información sobre la existencia o no de un sistema de vigilancia interna y externa en el perímetro del recinto.

g) Ubicación de las instalaciones donde se efectuará la prestación del servicio, indicando dirección postal.”.

En este sentido cabe añadir que la cláusula 4.1 del PPT establece que:

“La Central de Custodia estará en un edificio de uso exclusivo para depósito de documentos y soportes informáticos, que reúna las características y cuente con los medios exigidos por el Código Técnico de la Edificación aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, o por la normativa que le fuera aplicable según la fecha de construcción o reforma. Igualmente, todas sus instalaciones deben haber sido adaptadas según la normativa vigente y haber superado todas las inspecciones técnicas obligatorias.

El local o locales destinados, contarán con todos los requisitos necesarios para garantizar la conservación óptima de la documentación, lo que tendrá el carácter de obligación esencial del contrato y deberá contar con la preceptiva licencia municipal para la actividad objeto del presente contrato.

La Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería podrá supervisar y verificar el cumplimiento de dichos requisitos mediante inspección técnica de las instalaciones por personal técnico propio.”

Es decir, no basta con encontrar un local, sino que es preciso que disponga o dotarlo del equipamiento necesario con el fin de poder incluirlo en la oferta.

Prueba de la citada limitación a la libre concurrencia es que, según consta en la documentación remitida, sólo se ha presentado una oferta, que corresponde a una de las empresas que venía prestando uno de los contratos en lo que antes estaba dividido el servicio cuya prestación se unifica en el presente contrato.



En consecuencia, con base en cuanto se ha argumentado, procede la estimación del recurso analizado.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego que rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en este fundamento, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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 **DESTRUCCIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS S.L.** contra el pliego de prescripciones técnicas que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato de servicios denominado “Gestión integral del Archivo Central de las distintas dependencias del Gobierno” (Expte. AL/SV-05/16), convocado por la Delegación del Gobierno en Almería y, en consecuencia, anular dicho pliego en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, adoptada por este Tribunal en Resolución de 17 de febrero de 2020.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

