Recurso 274/2022
Resolución 387/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 21 de julio de 2022.

VISTO el escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SEGURIDAD PROTECCIÓN Y ALERTA, S.L. (SEPROALERT)**, contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado "Servicio de vigilancia y seguridad de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y de su sociedad filial Canal Sur Radio y Televisión S.A." (Expte. EC/1-015/22), promovido por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su sociedad filial Canal Sur Radio y Televisión S.A., este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de marzo de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio previo de licitación, y el 17 de junio de 2022 el anuncio de licitación tanto en ese Diario como en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. La licitación se tramitó por procedimiento abierto y el valor estimado del contrato asciende a 4.550.007,60 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. Con fecha 7 de julio de 2022 se interpuso recurso especial en materia de contratación en el Registro de este Tribunal contra los pliegos que rigen la contratación. Previamente se había interpuesto por correo electrónico, el mismo recurso, el cual dio lugar al recurso 266/2022, que fue inadmitido por resolución 383/2022, de 13 de julio.

Con fecha 8 de julio de 2022, se solicitó al órgano de contratación informe sobre la tramitación, así como sobre el fondo de la cuestión planteada que fue remitido a este Tribunal.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se han presentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial.

El recurso se fundamenta, entre otros motivos:

"La recurrente es una empresa de seguridad privada que tiene interés de poder acudir a la licitación, si bien la obligación que se establece en el PPT y PCAP, objeto de este recurso, le impediría hacerlo, por cuanto no tiene Delegaciones abiertas en las Provincias de Andalucía a las que se refieren los Pliegos. A este respecto, resulta reiterada la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales que considera la admisibilidad de los recursos especiales en materia de contratación frente a los Pliegos si su redacción impide al recurrente licitar en el procedimiento de contratación en situación de igualdad con el resto de operadores económicos".

Por consiguiente, a la vista del contenido del recurso queda justificado el interés legítimo debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de 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 poder adjudicador y el objeto del recurso son los pliegos, 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. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 de la LCSP establece, en sus apartados a) y b), que "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante

b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...)".

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 17 de junio de 2022, día en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 7 de julio de 2022 en el registro de este Tribunal se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

El objeto de este recurso especial se centra en los pliegos que rigen el contrato según señala la entidad recurrente. En concreto el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) para la contratación del servicio de vigilancia y seguridad de la Agencia Pública Empresarial de la Radio Televisión de Andalucía y de su sociedad filial Canal Sur Radio y Televisión S.A. Por un lado, el punto B.1: "*La E.A., deberá disponer obligatoriamente de delegaciones propias al menos en cinco provincias de Andalucía, entre ellas las de Sevilla y Málaga"*, reiterado en el apartado H.1 y H2. En el PCAP, el apartado K: *"La E.A. se comprometerá a mantener abiertas durante el periodo de contratación, al menos, cinco delegaciones propias en Andalucía, entre ellas en Sevilla y Málaga."*

1. Alegaciones de la recurrente.

Impugna dichas cláusulas porque dicha obligación supone *"una restricción a las empresas que no disponen delegaciones, ni estén obligadas a ello conforme a la normativa de Seguridad Privada"*. Alega que es una condición de arraigo territorial, que no guarda la debida proporcionalidad con la prestación que se pretende cubrir con dicha medida, pues no está justificada en razones de necesidad. Refutan la obligación como discriminatoria y desproporcionada por innecesario para muchas empresas, enmarcándose dentro de la doctrina de arraigo territorial proscrita por la normativa.

Añade que se estaría vulnerando el principio de no discriminación, recogido en los artículos 18, 26, 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Asimismo, los principios de la contratación pública que establece la Directiva 2014/24/UE, considerando 1, y que derivan del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y asimismo los principios de la contratación pública que de las libertades anteriores se derivan, y que se establecen en el artículo 1 y 132 LCSP. Por último, señala que es contrario a Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, artículos 9 y 18.

Cita resoluciones de diversos órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación, así como informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en apoyo a sus pretensiones impugnatorias.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Coincide con la entidad recurrente en que son nulas aquellas previsiones que se incluyan en los pliegos por razones exclusivamente de arraigo territorial que puedan impedir la participación de los agentes económicos en las licitaciones. No obstante, señala que es distinto que la Administración contratante, como en el presente supuesto, establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) como condición el establecimiento de sucursales, no como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios.

Estima que la admisión de las cláusulas no puede ser descartada salvo que su establecimiento sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad requeridos en el ámbito de la contratación pública y resulte contrario al principio de proporcionalidad.

Para ello, adjunta un informe al pliego de prescripciones técnicas (PPT) en donde se concluye que no se impide en ningún momento a ninguna empresa del sector licitar al concurso. Señala que es únicamente a la empresa adjudicataria, una vez adjudicado el servicio, a la que se le pide la exigencia de presentar las autorizaciones de las delegaciones en Andalucía en un plazo a partir de la firma del contrato. Afirma que las autorizaciones no son requisito para la presentación de las ofertas, por lo que no existe ninguna limitación a la presentación de la licitación. Añade que el número de delegaciones que se pide no constituye criterio de valoración de las ofertas, por lo que todas las empresas pueden concurrir a la licitación en condiciones de igualdad; en ningún momento, se impide a ninguna empresa participar en la licitación por este motivo, ni se le exige domicilio social en ninguna parte de España; es más, la recurrente tiene su domicilio social en Sevilla.

Asimismo señala que lo que se exige es, una vez adjudicado el servicio y solo a la empresa adjudicataria, una condición que no es de arraigo territorial, ni tampoco es criterio de admisión ni de valoración, sino que únicamente es un compromiso de adscripción de medios, que no es contrario a los principios de concurrencia e igualdad ni resultan contrarios al principio de proporcionalidad. Señala que tiene relación con el objeto y el importe del contrato, permitiéndose en todo momento los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen esta contratación.

En este sentido, hace referencia a doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (Resolución 101/2013 de 6 de Marzo), y a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03).

Finaliza su informe señalando que, por tanto, la exigencia de una sucursal física abierta en una ciudad concreta como compromiso de adscripción de medios es factible para la empresa que resulte adjudicataria, pero siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios legales y guarde proporción al objeto del contrato y esté justificado, cual es el supuesto en que nos encontramos.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

La controversia suscitada se centra en discernir si el compromiso de adscripción de medios al contrato y la mejora establecida como criterio de adjudicación constituyen cláusulas de arraigo territorial que no vienen justificadas por el objeto del contrato ni se ha motivado en el expediente que sean imperiosamente necesarias para la prestación del servicio promovido por la Agencia.

Procede por tanto examinar los documentos contractuales.

Por un lado, la memoria establece en el apartado 6 relativo a las “condiciones especiales de ejecución” que:

“- La E.A. se comprometerá a mantener abiertas durante el periodo de contratación, al menos, cinco delegaciones propias en Andalucía, entre ellas en Sevilla y Málaga”.

Por otro lado, en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se recoge en el apartado K, relativo a las “condiciones especiales de ejecución del contrato”, que *“- La E.A. se comprometerá a mantener abiertas*

durante el periodo de contratación, al menos, cinco delegaciones propias en Andalucía, entre ellas en Sevilla y Málaga".

Por otro lado, en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), en el apartado H relativo a las "condiciones especiales de ejecución y otras causas de resolución del contrato", se recogen dichas condiciones especiales de ejecución:

"- La E.A., deberá disponer obligatoriamente de delegaciones propias al menos en cinco provincias de Andalucía, entre ellas las de Sevilla y Málaga, lo cual acreditará mediante la presentación del correspondiente documento de la inscripción y autorización expedida por la Dirección General de la Policía en el plazo de dos meses siguientes a la fecha de formalización del contrato, entregando las mencionadas inscripciones y autorizaciones al Departamento de Servicios Generales de la RTVA.

- La E.A. se comprometerá a mantener abiertas durante el periodo de contratación, al menos, cinco delegaciones propias en Andalucía, entre ellas en Sevilla y Málaga. La empresa adjudicataria deberá presentar en el plazo de dos meses desde la fecha de formalización del contrato la documentación que acredite tener disponibles al menos esas cinco delegaciones propias en Andalucía, entre ellas en Sevilla y Málaga".

Es doctrina del Tribunal que las cláusulas de arraigo territorial en los pliegos no son válidas como criterios de solvencia ni de adjudicación, salvo que vengan justificadas por razones imperiosas de interés general; y ello por cuanto resultan discriminatorias y vulneran el principio de igualdad de trato, otorgando una ventaja competitiva a potenciales licitadores que estén radicados en un determinado territorio y/o vengan ya prestando el servicio que se licita. En tal sentido, en la Resolución 174/2021, de 6 de mayo, señalábamos, a propósito precisamente de un contrato de servicios postales, que "*los criterios impugnados contienen elementos de arraigo territorial exigibles a las licitadoras en el momento de presentación de sus ofertas y vulneran los principios de libre concurrencia e igualdad de trato colocando en posición de ventaja a licitadoras, como CORREOS, frente al resto de operadores postales privados que no dispongan de su amplia red de cobertura en el territorio nacional. Además, ni en los pliegos ni en el expediente de contratación se contiene justificación alguna que motive el establecimiento de tales elementos de arraigo en un territorio, por lo que no es posible dilucidar si los mismos resultan absolutamente imprescindibles para alcanzar el objetivo perseguido por el contrato".*

Ciertamente, en el supuesto analizado, el órgano de contratación esgrime que la disposición de las delegaciones, con cinco delegaciones propias en Andalucía, entre ellas en Sevilla y Málaga, no se exige desde el momento de presentación de las ofertas, sino como compromiso de adscripción de medios que se materializará en la ejecución del contrato. Es decir, alegan de contrario que se trata de una obligación adicional que solo ha de cumplir el adjudicatario en el momento de iniciar la ejecución del contrato.

Ahora bien, es criterio de este Tribunal (desde la resolución 115/2013, de 3 de octubre) que, incluso en casos como el presente en que la efectiva disposición de las delegaciones no supone ab initio un impedimento o restricción para participar en la licitación, la exigencia de una obligación de arraigo como la aquí impuesta puede generar una carga disuasoria a la hora de licitar por las dificultades que puede entrañar su posterior cumplimiento para la adjudicataria. Es por ello que también en este supuesto es exigible una justificación adecuada de la obligación establecida, a fin de poder evaluar su proporcionalidad y adecuación a las necesidades reales del órgano de contratación. En la Resolución 112/2021 señalábamos que *"(…) la cláusula del PPT impugnada no contiene un elemento de arraigo territorial como requisito de admisión de la oferta ni como criterio de adjudicación. La exigencia de ubicación de la sede donde se prestará el servicio en el ámbito territorial del área metropolitana de Sevilla se establece como obligación del adjudicatario en la ejecución del contrato. No obstante,*

cualquier cláusula que contenga elementos de arraigo en un determinado territorio con independencia del momento en que deba hacerse efectiva dicha exigencia, en la medida que pueda afectar a los principios de libre concurrencia e igualdad y resultar innecesaria para alcanzar los fines que persigue el contrato, debe estar claramente justificada en las necesidades que este satisface y resultar proporcional al fin que se persigue.

Como reconoce la recurrente, la cláusula impugnada no genera a priori un obstáculo a la participación en la licitación porque va referida a la fase de ejecución del contrato. Además, no supone strictu sensu una exigencia de domicilio o sede social de la empresa en el área metropolitana de Sevilla, bastando con que el servicio contratado se preste en un espacio físico propio o alquilado ubicado en dicho ámbito. No obstante, como obligación que introduce un elemento de arraigo pudiendo generar una carga disuasoria a la hora de participar en la licitación, dicha obligación debe ser necesaria o proporcional para alcanzar la finalidad perseguida con el contrato y requiere de la adecuada justificación por parte del órgano de contratación".

Expuesta, pues, la doctrina del Tribunal sobre las cláusulas de arraigo territorial, la cuestión principal no puede centrarse en si son necesarias las delegaciones (cómo se expone en el informe de 4 de julio de 2022 que luego abordaremos), pues lo que debe determinarse es con carácter previo si el número y ubicación de las mismas que se exige en los pliegos se halla debidamente justificado en el expediente de contratación.

Como es obvio, la recurrente alega la innecesariedad de aquel número y lo hace sobre la base de sus propias especulaciones, algo que le reprocha el órgano de contratación; pero lo cierto es que si la entidad recurrente especula y realiza su análisis particular sobre la exigencia de los pliegos es porque no ha podido conocer las concretas razones que han llevado al órgano de contratación a fijar la obligación de disposición de aquel concreto número y ubicación de oficinas y, por ende, no ha podido combatir tal exigencia rebatiendo los argumentos que el órgano de contratación expone ahora tardíamente en su informe al recurso, cuando debió incorporarlos previamente al expediente como así establece el artículo 28.1 de la LCSP *"Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, 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, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación"* y el artículo 116.4 c) y e) del citado texto legal "*En el expediente se justificará adecuadamente:*
(…)
c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.
(...)
e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional".

Así pues, cabe considerar que el órgano de contratación ha incumplido los dos preceptos legales referidos, al no haber motivado previamente en el expediente la necesidad de contar con los medios materiales exigidos para la adecuada prestación del servicio. Al respecto, nada dice la memoria obrante en el expediente remitido, sin que tampoco sea suficiente a tal fin -como ahora se pretende- con el informe al recurso, pues la justificación es posterior. Es decir, dicho informe anexo solo hace posible constatar un razonamiento extemporáneo plasmado con posterioridad a la aprobación del expediente de contratación (del que no se entra a juzgar su validez porque el mismo no es una justificación propia del expediente sino realizada ad hoc con ocasión de la interposición del

recurso). Este informe de 4 de julio de 2022 no suple por sí solo la necesaria interpretación de dichos datos por el órgano de contratación para justificar la exigencia de los medios materiales previstos en el pliego.

Por cuanto se ha expuesto, el recurso debe ser estimado. Ello determina la anulación del contenido de los pliegos objeto de impugnación a través del recurso examinado, incluidos todos los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP, pues la motivación ofrecida con ocasión de la interposición del recurso especial se produce por tanto con posterioridad a la publicación de los pliegos y con ocasión de la interposición del recurso especial.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada debe llevarse a cabo anulando los pliegos que rigen 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 interpuesto por **SEGURIDAD PROTECCIÓN Y ALERTA, S.L. (SEPROALERT)**, contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio de vigilancia y seguridad de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y de su sociedad filial Canal Sur Radio y Televisión S.A.” (Expte. EC/1-015/22), promovido por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su sociedad filial Canal Sur Radio y Televisión S.A., por los motivos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. 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.

NOTIFÍQUESE 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.