**Recurso 426/2022**
**Resolución 555/2022**
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 18 de noviembre de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L.**, contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación denominado "Servicio de gestoría y asesoramiento fiscal, laboral y contable para Aira Gestión Ambiental, S.A.", (Expte. PA012SER2022), promovido por AIRA Gestión Ambiental, S.A. ente instrumental adscrito al Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 19 de octubre de 2022 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 206.467,63 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

**SEGUNDO.** El 4 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L., (en adelante UNIVE o la recurrente) contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación arriba mencionado. Además, la recurrente solicita en su escrito de recurso la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Con fecha 9 de noviembre de 2022, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente.

Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

**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, toda vez que el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por un poder adjudicador vinculado al Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra, que no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

**SEGUNDO. Legitimación.**

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 primer párrafo del 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».*

El órgano de contratación en su informe al recurso pone de manifiesto la supuesta falta de legitimación de la recurrente dado que con posterioridad a la presentación del recurso no ha presentado oferta, sin que a su juicio los pliegos le hayan impedido acceder a la licitación, cita determinada doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales y la Resolución 147/2022, de este Tribunal. Procede mencionar que la reproducción parcial que realiza de la citada resolución 147/2022 no sería de aplicación al presente supuesto, dado que la parte reproducida se refiere a la excepción a la regla general que permite que un licitador pueda impugnar los pliegos al alegar nulidad de pleno derecho, para el supuesto de que previamente a la interposición del recurso haya presentado oferta en el procedimiento de licitación (ex. artículo 50.1 de la LCSP), que no es este caso dado que la recurrente no ha presentado proposición. Sin que por otro lado y en principio, este Órgano en la actualidad condicione la legitimación de la recurrente al hecho de que haya presentado o no oferta, con posterioridad a la interposición del recurso, al realizar una interpretación amplia de la legitimación configurada en el citado artículo 48 de la LCSP.

Sobre lo anterior, en el supuesto examinado y sin perjuicio del posterior análisis de los motivos esgrimidos por la recurrente, estos ponen de manifiesto que determinadas cuestiones en la configuración del expediente restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación. En este sentido, aunque no lo alegue expresamente en cada una de las cuestiones que impugna del pliego, sí se puede deducir de forma implícita del contenido del propio recurso, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una

eventual resolución estimatoria de sus pretensiones y por tanto no cabe dar la razón al órgano de contratación respecto de la falta de legitimación de UNIVE.

**TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

**CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

**QUINTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes.**

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente alude al objeto de la presente licitación que queda determinado en el apartado 4 del cuadro de características particulares del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) al determinar las necesidades a satisfacer con el contrato: *«Contratación de los servicios profesionales de asesoramiento y gestión laboral y fiscal que implican una serie de prestaciones imprescindibles para el correcto funcionamiento de AIRA, en cuanto que se trata de todas las prestaciones laborales jurídico-administrativas tendentes a la gestión y tramitación de contratos y nóminas y de todas las obligaciones fiscales, laborales y de Seguridad Social derivadas de estas relaciones».*

A continuación argumenta que a su juicio uno de los criterios de adjudicación resulta nulo. En concreto se refiere al criterio de adjudicación de aplicación mediante fórmulas, número 4, denominado: *«Accesibilidad a las instalaciones»*, ponderado con un máximo de 10 puntos de la siguiente forma:
*«Por tener oficinas a menos de 30 minutos de la sede de AIRA, 10 puntos*
*Por tener oficinas a menos de 60 minutos de la sede de AIRA, 5 puntos*
*Por tener oficinas a menos de 180 minutos de la sede de AIRA, 2 puntos*
*Por tener oficinas a más de 180 minutos de la sede de AIRA, 0 puntos*
*El tiempo se medirá a través de Google maps desde la sede de AIRA a las oficinas puestas a disposición del contrato por la persona oferente. La medición se hará en modo "a pie" por no venir determinado por el nivel de tráfico».*

Sobre la configuración de este criterio de adjudicación la recurrente argumenta: *«Con este criterio, en definitiva, obtendrá una mejor puntuación aquella empresa que tenga sus oficinas más cerca de las de Aira, en lo que, en opinión de esta parte, supone una vulneración del principio de igualdad y libre competencia que establece el art. 132 LCSP».*

A juicio de la recurrente la configuración del criterio de adjudicación supone a efectos prácticos la inclusión de una cláusula de arraigo territorial, excluyendo la posibilidad de optar a la totalidad de los puntos a las empresas cuyas

oficinas se encuentren fuera de la localidad de Alcalá de Guadaíra, otorgando cuanta más ventaja a aquellas que dentro de la localidad, se encuentren más cerca de la sede de la entidad contratante. Así pues, argumenta, se trata de una cláusula limitativa de la concurrencia, vulnerándose el artículo 132 de la LCSP sin que concurra ni se haya justificado ni en los pliegos, ni en la memoria justificativa ninguna razón imperiosa de interés general que justifique proporcionalidad alguna en la limitación de la libre competencia.

Por lo anterior, la recurrente solicita la nulidad de todo el procedimiento de contratación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al recurso argumentando que el criterio de adjudicación está correctamente configurado en el PCAP, sobre esta cuestión reproduce diversas partes del expediente del que a su juicio se desprendería que no existe la infracción alegada por UNIVE.

Respecto de la memoria justificativa del contrato, cita el apartado 5.1. en el que se indica que: *«Se deberá dar asistencia en las oficinas del adjudicatario, a trabajadores, usuarios de AIRA y todo tipo de grupos de interés que sean remitidos por ésta para que se le atienda en asuntos que se encuentren dentro del objeto del contrato y que se haya entendido es más apropiado el realizar la atención en las oficinas de la adjudicataria que en las de AIRA».* Cita el apartado 5.3. referido al tiempo de respuesta y plazos en el que se indica: *«Igualmente deberá de facilitarse el acceso a la ciudadanía y resto de grupos de interés de AIRA que sean remitidos por esta última a resolver aspectos relacionados con el objeto del contrato»* y el apartado 5.4. a la hora de establecer los medios adscritos al contrato en el que con relación a los medios materiales se establece que la siguiente obligación: *«Una oficina donde atender al personal de AIRA u otros grupos de interés que sean remitidos por ésta para que se les atienda».*

En conclusión, el órgano de contratación considera que a la vista de los apartados anteriormente reproducidos en la memoria se justifica la necesidad de acercar a la población en general, a los trabajadores y demás personas interesadas a los servicios que se van a prestar mediante la contratación objeto del procedimiento de licitación. Manifiesta que en la memoria se evita que el hecho de que favorecer una atención personalizada y presencial sea un requisito limitante a la concurrencia puesto que no se exige una ubicación concreta. Así, entiende que se otorgan 10 puntos en un criterio de adjudicación que debe entenderse también de calidad pues facilita y ayuda a cumplir los objetivos de la entidad contratante de dar una atención cercana y personalizada a sus grupos de interés.

Por otro lado, respecto de la configuración de esta cuestión en los pliegos rectores, afirma que en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) en su cláusula 3.2. se establece un objeto principal de la licitación (servicios derivados de la cobertura de gestoría laboral, contable y fiscal) y uno subsidiario (poner a disposición de la entidad contratante un espacio). En este sentido argumenta que de la cláusula 5 del PPT se desprende que el clausulado no es limitativo de la concurrencia, establece plazos posibles de cumplir sin obligar a una ubicación concreta y deja claramente recogido que es una condición necesaria para la prestación del servicio la existencia de una atención personalizada y directa tanto a los *"administrados",* ciudadanía en general y trabajadores; así como a los órganos de la propia entidad contratante.

Afirma que la configuración del criterio de adjudicación 4 objeto de la controversia relativo a la accesibilidad de las instalaciones por la cercanía de las mismas -anteriormente reproducido- valora la cercanía a los administrados y no exige oficina en el municipio de Alcalá de Guadaíra.

El órgano de contratación realiza un análisis sobre la doctrina en materia de arraigo territorial llegando a la conclusión de que este tipo de cláusulas: *«no es en sí misma condición de nulidad de un expediente. Para que esto fuere así, su uso debe implicar limitación a la competencia, ser obstáculo injustificado a la concurrencia, ser arbitraria, no estar relacionada con el objeto del contrato y no poder ser cumplida por cualquiera de los posibles agentes económicos que deseen participar en una licitación. En el expediente objeto del Recurso, el criterio 4 recurrido no se encuentra dentro de estas categorías».* Argumenta que la ubicación es un factor de calidad del servicio -la proximidad a los administrados- y no una exigencia sin la cual no se pueda admitir al licitador que no las presente (es requisito tener oficina propia, pero no así su ubicación), sino que opera tan solo como un criterio de valoración, de manera que no limita ni restringe el derecho o la condición del licitador, sino que solo atribuye mayor puntuación al licitador que acredite el poder dar una asistencia más cercana y personalizada como criterio de calidad.

Concluye que el citado criterio de adjudicación 4 es claramente un criterio de calidad y que además es confluyente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de los tribunales españoles, pues la misma:

> *«1.- Se aplica de manera no discriminatoria. Cualquier empresa del territorio de la UUEE u otro podrá concursar y presentar proposiciones sin limitación alguna.*
> *2.- Está justificada por razones de interés general. La facilitación de la accesibilidad a los servicios de las personas administradas se encuentra recogida en los principios de la buena administración.*
> *3.- Es adecuada para garantizar la realización del objetivo del contrato en las mejores condiciones que se persiguen. Sin lugar a dudas una atención presencial y personalizada para atender una reclamación, por ejemplo, de una nómina es mejor que una videoconferencia.*
> *4.- No va más allá de lo necesario (es proporcional) para alcanzar dicho objetivo. Se utiliza como criterio de calidad y no como elemento limitativo a la concurrencia.»*

Alude a distintas resoluciones de los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación. Entre otras a la Resolución 268/2020, de este Tribunal para apoyar sus argumentos y solicita que sea desestimado el recurso.

**SEXTO. Consideraciones del Tribunal.**

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes procede entrar a analizar el núcleo de la controversia. Como se ha indicado la misma se centra en discernir si el criterio de adjudicación *«4. Accesibilidad a las instalaciones»* constituye o no, una cláusula de arraigo territorial no justificada por el objeto del contrato ni motivada en el expediente que sea imperiosamente necesaria para la prestación del servicio promovido por el órgano de contratación.
Como punto de partida, hemos de señalar que los distintos tribunales de recursos contractuales, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, así como la jurisprudencia nacional y europea 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.

En concreto, este Tribunal se ha venido pronunciando sobre las cláusulas de arraigo territorial de los pliegos en numerosas resoluciones (v.g. Resoluciones 115/2013 y 116/2013, de 3 de octubre, 356/2015, de 22 de octubre, 84/2017, de 2 de mayo, 217/2017, de 26 de octubre, 256/2017, de 24 de noviembre, 124/2018, de 14 de mayo y 53/2019, de 27 de febrero, 174/2021, de 6 de mayo y 333/2021, de 16 de septiembre). Y en concreto, en nuestra Resolución 53/2019, de 27 de febrero, reproducida parcialmente en otras posteriores, hemos señalado lo siguiente:

> *«En tal sentido, resultan ilustrativas las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, (asuntos C-158/03 y C-234/03) que trataron un supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. En estas sentencias, el TJUE expuso las condiciones para apreciar si la medida adoptada por el Estado vulneraba los principios del Tratado. Así, en el asunto C-234/03 el TJUE dispuso que "De las consideraciones anteriores se desprende que el artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional."*
>
> *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, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que los mismos estén justificadas por razones de interés general».*

Se constata, pues, que la cuestión no es nueva y viene teniendo repercusión en la jurisprudencia europea desde hace años, como también en la nacional. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2001, (Roj: STS 82/2001) señaló, respecto a determinados criterios de un pliego aprobado por la entonces Consejería de Obras Públicas y Transporte de la Junta de Andalucía que otorgaban más puntos a los servicios prestados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que *«hay que subrayar que es principio fundamental del sistema jurídico y de la Constitución el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, que aspira a que la actuación de la Administración opere con racionalidad y en defensa de los intereses generales, en desarrollo del artículo 103.1 de la Constitución, lo que también determina que (...) aparezca suficientemente adecuado al ordenamiento jurídico y explicitando las razones que determinan la selección con criterios debidamente justificados, lo que no sucede en la cuestión examinada, al primar indebidamente los criterios de proximidad territorial o de residencia en la Comunidad Autónoma Andaluza, que han sido debidamente corregidos por la sentencia recurrida, cuyos criterios procede confirmar».*

En definitiva, pues, 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 que los permitan, salvo que los mismos estén justificados por razones imperiosas de interés general.

En el supuesto analizado, el criterio de adjudicación impugnado valora, la cercanía de las oficinas del licitador respecto de la sede del órgano de contratación. Resulta obvio, pues, que obtendrá puntuación aquellos licitadores que dispongan oficinas en el entorno territorial del órgano de contratación siendo así que como se ha mencionado para obtener la máxima puntuación las oficinas del licitador no deben distar más de 30 minutos a pie de la sede del órgano de contratación -10 puntos-.

Como se ha indicado, el órgano de contratación en el informe al recurso manifiesta las distintas partes de la memoria justificativa así como del PPT de las que considera que se podría desprender la justificación del establecimiento del citado criterio de adjudicación, sin embargo, atendiendo a la doctrina y jurisprudencia citada no cabe argumentar que el uso de un criterio de adjudicación que valore el arraigo territorial pueda derivar de cualquier tipo de justificación, sino que la misma debe ser en el sentido citado justificado por razones imperiosas de interés general, circunstancias que no se dan en el presente supuesto. Sobre lo anterior, con referencia a la justificación por razones de interés general el órgano de contratación indica en el informe que ello es así dado que: «La facilitación de la accesibilidad a los servicios de las personas administradas se encuentra recogida en los principios de la buena administración» de esta motivación, a juicio de este Órgano, no se derivan circunstancias imperiosas de interés general que justifiquen el establecimiento de un criterio de adjudicación que puede favorecer a aquellos licitadores establecidos en el entorno geográfico del órgano de contratación por disponer en ese ámbito de oficinas.

Finalmente, respecto de la invocación por parte del órgano de contratación de la Resolución de este Tribunal 268/2020, de 30 de julio, cumple manifestar que el supuesto analizado en la citada resolución no es exactamente igual al presente caso dado que en aquel el requisito de arraigo se configura como una prescripción técnica que se exigía en la fase de ejecución del contrato y no como un criterio de adjudicación como se establece en este y, en cualquier caso, en la citada resolución el recurso fue estimado al considerar que tal requisito no se encontraba suficientemente justificado en el expediente de contratación y al entender que el mismo era claramente restrictivo de la competencia, por lo que este Órgano acordó la anulación de los pliegos.

Se concluye, pues, que en el presente supuesto el criterio de adjudicación *«4. Accesibilidad de las instalaciones»* en el que se valora la cercanía de las oficinas del licitador a las instalaciones del órgano de contratación con un máximo de 10 puntos es contrario al principio de igualdad de trato y resulta discriminatoria para los licitadores que no se encuentren ubicados en el marco geográfico indicado, sin que se encuentren justificados en el expediente los motivos de interés general que justifican su aplicación.

Es por ello que el motivo debe estimarse, procediendo la anulación del citado criterio de adjudicación. Ello determina la anulación del contenido de los pliegos objeto de impugnación a través del recurso examinado y de los propios pliegos, 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.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

**ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO UNIVE SERVICIOS JURÍDICOS, S.L.,** contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación denominado "Servicio de gestoría y asesoramiento fiscal, laboral y contable para Aira Gestión Ambiental, S.A.", (Expte. PA012SER2022), promovido por AIRA Gestión Ambiental, S.A. ente instrumental adscrito al Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra (Sevilla), por los motivos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 9 de noviembre de 2022.

**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.

**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.