Recurso 281/2023
Resolución 327/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 13 de junio de 2023.

VISTO el escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DIS RIVAS, SLU**, contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado "Suministro de materiales para higiene industrial para Desarrollo Urbanístico de El Ejido S.L." (Expte. 173/2023), promovido por la empresa pública Desarrollo Urbanístico de EL Ejido S.L., entidad vinculada al Ayuntamiento de El Ejido, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de mayo de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio previo de licitación, y el 10 de mayo de 2023 el anuncio de licitación tanto en ese Diario como en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. La licitación se tramitó por procedimiento abierto y el valor estimado del contrato asciende a 336.838,28 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 26 de mayo de 2023 se interpuso recurso especial en materia de contratación en el Registro de este Tribunal contra los pliegos que rigen la contratación. Con fecha 29 de mayo de 2023, se solicitó al órgano de contratación informe sobre la tramitación, así como sobre el fondo de la cuestión planteada. Tras no remitirse en el plazo de dos días hábiles, se volvió a requerir. Con incumplimiento del plazo se remite el día 6 de junio. No obstante, es necesario requerir documentación complementaria pues la remitida no estaba completa.

A fecha de 12 de junio se ha tenido que solicitar de nuevo el listado de licitadores, (pues faltaba en la documentación remitida). Ese mismo día se remite por parte de dicho poder adjudicador certificado de no haber licitadores que hayan presentado oferta, por lo que el trámite de alegaciones ha sido innecesario.

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 una entidad dependiente del Ayuntamiento de El Ejido, 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.

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, en que: *"(…) la cláusula que contempla la concesión de 20 puntos (CLAUSULA 8.2 b) 2º) por "Mejoras propuestas con valoración objetiva" si la empresa licitante se encuentra ubicada a menos de 45 Kms. del Almacén Municipal en Avda. El Treinta, 225, donde se realizarían los suministros de material, supone la invalidación de los pliegos impugnados, dado que la misma conlleva la vulneración de los principios de libre concurrencia e igualdad entre licitadores, por lo que deberá ser anulados los pliegos impugnados, interesando se declare su nulidad y subsidiariamente su anulabilidad. (…)"* .

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 suministros 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 su apartado b), que "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
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 10 de mayo de 2023, día en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 26 de mayo de 2023 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 cláusulas administrativas particulares (PCAP) cláusula 8.2. b)2º) que señala lo siguiente:

"Mejoras propuestas con valoración objetiva. Hasta 20 puntos
Contendrá el Anexo II debidamente firmado y fechado, deberá ajustarse al modelo oficial que figura en los Anexos.
• Distancia de la empresa licitadora al punto indicado: Almacén Municipal en Avda. El Treinta, 225:
< 45 km: 20 puntos
> 45 km: 0 puntos."

1. Alegaciones de la recurrente.

Impugna dichas cláusulas porque dicho criterio supone 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 en síntesis la obligación como discriminatoria y desproporcionada por innecesario para muchas empresas, enmarcándose en la doctrina de arraigo territorial proscrita por la normativa.

Aunque no lo señala expresamente, estima este Tribunal que en resumidas cuentas alega 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. Cuestiones éstas muy estrechamente ligadas con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, artículos 9 y 18.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala que el recurso especial interpuesto "*no limita ni condiciona, y menos aún vulnera los principios de libre concurrencia e igualdad entre licitadores por cuanto, estamos ante un suministro de productos de higiene y limpieza, que, ante la variedad, en primer lugar, es imposible incluir las necesidades puntuales y que es necesario para atender en este sector y no haya falta alguna en cualquier edificio público (más de cien centros) de los productos necesarios en dicha materia.*

El puntuar el que haya o tenga establecimiento abierto al público en un radio de kilómetros de la ciudad de El Ejido, estriba en dicha urgencia y prever la no falta en ningún caso, y máxime teniendo en cuenta la situación actual habida en este sector.

El recurrente, en su ANTECEDENTE DE HECHO TERCERO, refiere que, en la actualidad, tiene contrato firmado con esta mercantil, de objeto similar en la que se la adjudicó en efecto, sin puntuación en los criterios de adjudicación a los incluidos en esta Licitación. Pues bien, debido a los problemas de suministro en diversas ocasiones por la

urgencia de adquirir diferentes productos, es una de las razones, por las que se ha optado por dicha variedad de criterios de valoración, para evitar la falta de suministro según las necesidades existentes e imprevisibles muchas veces y por el interés público y notorio del suministro en cuestión".

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

La controversia suscitada se centra en discernir si la mejora establecida como criterio de adjudicación constituye 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 suministro promovido por dicha entidad pública.

Debe partirse de la concepción de que resultan nulas aquellas previsiones que incluyan en los pliegos que limiten la participación o concurrencia debido a razones exclusivamente de arraigo territorial. Es decir, aquello que pueda impedir la participación de los agentes económicos en las licitaciones, si bien la admisión de la cláusula no puede ser descartada a priori en este supuesto, pues necesita un examen que determine 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, el órgano de contratación adjunta un informe técnico adicional firmado una vez presentado el recurso especial con relación a la exigencia de dicha cláusula del PCAP, en la cual se concluye que no se impide en ningún momento a ninguna empresa del sector licitar al concurso. Señala que:

"Son muchas las ocasiones en las que nos vemos obligados a efectuar trabajos de carácter urgente e inaplazables, por órdenes expresas del Ayuntamiento de El Ejido, ordenes que no llegan con la celeridad y antelación requerida para la organización de los trabajos, tales como celebración de eventos de distinta índole, elecciones, ferias, reuniones, formaciones, espectáculos de cualquier nivel, que implican el suministro en tiempo real de parte del elenco de materiales que componen la higiene industrial, y no siendo nuestro almacén un centro del cual podamos disponer ya que tenemos muy limitadas las condiciones de espacio. Es por ello que surge la necesidad de tener en un radio cercano un punto de suministro para suplir dicha necesidad de forma inmediata y poder finalizar el trabajo de la forma más rápida y eficiente. Son este tipo de circunstancias las que propician el hecho de publicar una nueva licitación con un baremo de puntos dividido entre precio (80 puntos) y distancia desde el Almacén Municipal al punto de suministro (20 puntos), en aras de evitar las carencias habidas hasta la fecha".

Asimismo, señala el informe al recurso especial que:

"(…) no limita ni condiciona, y menos aún vulnera los principios de libre concurrencia e igualdad entre licitadores por cuanto, estamos ante un suministro de productos de higiene y limpieza, que, ante la variedad, en primer lugar, es imposible incluir las necesidades puntuales y que es necesario para atender en este sector y no haya falta alguna en cualquier edificio público (más de cien centros) de los productos necesarios en dicha materia.

El puntuar el que haya o tenga establecimiento abierto al público en un radio de kilómetros de la ciudad de El Ejido, estriba en dicha urgencia y preveer la no falta en ningún caso, y máxime teniendo en cuenta la situación actual habida en este sector.

El recurrente, en su ANTECEDENTE DE HECHO TERCERO, refiere que, en la actualidad, tiene contrato firmado con esta mercantil, de objeto similar en la que se la adjudicó en efecto, sin puntuación en los criterios de adjudicación a los incluidos en esta Licitación. Pues bien, debido a los problemas de suministro en diversas ocasiones por la urgencia de adquirir diferentes productos, es una de las razones, por las que se ha optado por dicha variedad de criterios de valoración, para evitar la falta de suministro según las necesidades existentes e imprevisibles muchas veces y por el interés público y notorio del suministro en cuestión".

Ahora bien, es criterio de este Tribunal (desde la resolución 115/2013, de 3 de octubre) que, incluso en casos en donde la exigencia de 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 por lo 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 es necesaria la ubicación de la empresa a menos distancia de 45 kilómetros para poder ser valorada hasta en un 20 por ciento de la puntuación final, pues lo que debe determinarse con carácter previo es si dicha exigencia como criterio de adjudicación exigida en los pliegos se halla debidamente justificada en el expediente de contratación.

Como es obvio, la recurrente alega la innecesariedad de aquel requisito para poder ser valorado en una parte sustancial de la puntuación.

Si bien el órgano de contratación puede tener sus razones, lo que queda patente es que no se ha podido conocer las concretas razones que han llevado al órgano de contratación a fijar dicho criterio de premiar la ubicación de la empresa.

Incluso puede observarse que ni siquiera la entidad recurrente 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 el hecho de valorar la ubicación de la empresa.

Al respecto, no existe memoria siquiera 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 5 de junio de 2023 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 entidad **DIS RIVAS, SLU,** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado "Suministro de materiales para higiene industrial para Desarrollo Urbanístico de El Ejido S.L." (Expte. 173/2023), promovido por la empresa pública Desarrollo Urbanístico de EL ejido S. L., entidad vinculada al Ayuntamiento de EL Ejido, por los motivos y en los términos 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.