

Recurso 591/2023
Resolución 14/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 12 de enero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **J.A.P.M. y otros**, contra los pliegos rectores del procedimiento de adjudicación denominado «Acuerdo marco de homologación de proveedores para el servicio de ENG para el apoyo a la producción de programas de Canal Sur Radio y Televisión S.A.», (Expte. EC/2-026/23), promovido por Canal Sur Radio y Televisión, S.A., entidad adscrita a la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA), dependiente de Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de noviembre de 2023 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco de servicios indicado en el encabezamiento. El valor estimado del contrato asciende a 3.024.000 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. El 13 de diciembre de 2023, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.A.P.M. A.J.B.E., M.A.D.G., M.R.F., F.M.G.C., J.M.M.M., A.M.G., D.A.R., F.D.M., J.A.P.G., M.A.R.T., M.V.G., J.L.M.D.L.T., A.V.M., J.L.O.S., MADINAT MULTIMEDIA S.L. y PROYECTOS DE COMUNICACION AUDIOVISUAL NUEVE S.L. (en adelante la parte recurrente) contra los referidos pliegos rectores del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de la presente resolución.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, tras su reiteración, ha sido recibida en este Tribunal.

Con fecha 20 de diciembre de 2023, este Tribunal adoptó la medida cautelar MC161/2023, por la que acuerda la suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

A continuación, 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 en el plazo establecido 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la parte recurrente dado que se trata de una serie de licitadores -anteriormente indicados- que presentaron su proposición al procedimiento de licitación con posterioridad a la interposición del recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos rectores de un acuerdo marco de servicios, con un valor estimado superior a cien mil euros, y convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por lo que, contra el citado acto cabe recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1.b) 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 20 de noviembre 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 13 de diciembre de 2023, en el registro de este Tribunal se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la recurrente.

Como se ha indicado la recurrente impugna la configuración del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) con relación a los parámetros para la detección de ofertas anormales o desproporcionadas. Asimismo, cuestiona la redacción del pliego de prescripciones técnicas (PPT) en lo relativo al requisito consistente en disponer, al tiempo de presentación de las ofertas, y no solo al tiempo de ser propuesto como



adjudicatario, de presencia física en el ámbito geográfico en el que los servicios van a ser demandados, lo que entiende que resulta discriminatorio, al introducir una clara ventaja a las empresas que ya dispongan de dicho establecimiento al tiempo de presentación de las ofertas. Finalmente, cuestiona la cláusula de asignación de servicios ordinarios, al entender que no se ha tenido en cuenta el probable escenario de que dos o más licitadores oferten el mismo precio y uno haya quedado clasificado por delante del otro por el mero azar del sorteo que se utiliza para los supuestos de empate -según lo establecido en los pliegos-, al considerar que el reparto de los servicios en estos casos puede resultar discriminatorio.

Por lo anterior solicita la estimación del recurso y la anulación de los pliegos para que se convoque en su caso una nueva licitación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación se opone al recurso en su informe, solicitando la desestimación del mismo. En síntesis, considera que la configuración en el PCAP de los parámetros para la detección de ofertas anormales o desproporcionadas son correctos atendiendo con la regulación que sobre la cuestión se contiene en la LCSP. En lo relativo a los motivos relacionados con el PPT, considera que la cláusula que establece la presencia física en el ámbito geográfico en el que los servicios van a ser demandados es correcta y de acuerdo con la doctrina existente sobre el arraigo territorial. Finalmente, con relación a la cláusula de asignación de servicios ordinarios viene a manifestar que la recurrente no alega infracción legal alguna sino su disconformidad con la misma lo que supone una intromisión en su facultad reguladora del servicio objeto del acuerdo marco. Como se ha manifestado, por estos motivos solicita la desestimación del recurso.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Sobre la configuración en los pliegos del parámetro para la detección de ofertas anormales o desproporcionadas.

Procede ahora analizar el fondo de la cuestión, para ello se analizará cada una de las cuestiones alegadas por la recurrente, siguiendo el orden de su escrito de impugnación.

En el presente acuerdo marco el único criterio de adjudicación es el precio. Por otro lado, los parámetros para la detección de ofertas anormales o desproporcionadas quedan fijados en la cláusula 15 del PPT, al indicar: «Se considerará inicialmente incurso en oferta anormal o desproporcionada aquella oferta económica que sea inferior en más de un 20% al importe máximo del concepto “Servicio Básico ENG”». Asimismo, queda recogido el parámetro en el PCAP, pero tan solo para los contratos basados, según se indica en el cuadro de características del citado pliego.

En cualquier caso, la recurrente manifiesta que «el pliego ha fijado el umbral de temeridad no con referencia al conjunto de las ofertas económicas presentadas sino, exclusivamente, con referencia al precio base de licitación. De forma que, con carácter previo a la apertura de las ofertas económicas los licitadores pueden saber con certeza dónde está el umbral de temeridad, pues éste ha sido fijado por el pliego en toda cantidad ofertada inferior a 160 euros (IVA excluido) por el referido “Servicio Básico ENG”». Sobre lo anterior la recurrente indica: «El umbral de temeridad, así fijado en términos absolutos y al margen del conjunto de las ofertas presentadas, es contrario a Derecho por contravenir lo dispuesto en el art. 149.2 letra b) de la LCSP que exige que “(...) en todo caso, [los pliegos] determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”».

La recurrente invoca doctrina sobre la cuestión que apoyaría su afirmación, si bien, toda ella anterior al texto legal en vigor.



Por otro lado, el órgano de contratación en síntesis manifiesta que las alegaciones de la recurrente se basan en la interpretación de la norma hasta el momento de la aprobación de la actual LCSP y que el establecimiento del citado parámetro sería conforme con la actual redacción de su artículo 149 de la citada norma.

Sobre esta cuestión manifiesta lo siguiente: *«Para argumentar nuestra posición favorable a poder referenciarlo al presupuesto máximo del Servicio Básico de ENG retomaremos nuestra exposición referida al carácter profundamente social de la normativa pública de contratación tras la senda abierta por la Directiva 2014/24/UE.*

En efecto, esta nueva visión de la contratación pública como herramienta al servicio de los más altos fines sociales que han de perseguir los poderes públicos traducidos, entre otros, en el ya citado de la equidad en las retribuciones públicas satisfechas por los poderes adjudicadores por los servicios a estos prestados, ha de permitir que la fijación de una oferta como anormal no se circunscriba exclusivamente al juego del mercado, sino que el poder público, atendiendo precisamente a un más alto interés social, sobre todo en aquellos servicios intensivos en mano de obra, establezca unos límites objetivos por debajo de los cuales considere inapropiado retribuir el servicio.

No altera a la libre competencia el establecimiento de un porcentaje –amplio, por otro lado, en nuestro caso- por debajo del cual se consideren fuera de mercado ofertas que persigan acceder al precio que sea a la adjudicación de un contrato. Al poder adjudicador no puede resultarle indiferente esta posibilidad ni serle sustraída su capacidad –y responsabilidad- de velar por la justa proporcionalidad del precio a pagar que en determinados mercados muy atomizados, con profusión de empresarios autónomos y un alto nivel de subcontratación, como es el caso que nos ocupa, es un riesgo evidente a evitar».

Pues bien, sobre el objeto de la controversia ya ha tenido la ocasión de manifestarse este Órgano, en las Resoluciones 50/2016, de 10 de marzo y 76/2016, de 6 abril, y más recientemente en la Resolución 155/2023 de 10 de marzo en la que se invoca la doctrina mantenida. Sin perjuicio de la remisión a las citadas resoluciones en las que se analizan detalladamente los supuestos en cada caso planteados y los pronunciamientos doctrinales más relevantes sobre la cuestión, en la citada Resolución 155/2023 se llegan a una serie de conclusiones que a continuación se reproducen:

«- La fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación como puede ser un porcentaje de bajada sobre el mismo, con carácter general, vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, siendo además contraria a la mayoría de la doctrina de las juntas consultivas de contratación y de los órganos de recursos contractuales.

- El establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, si dicho umbral se correspondiese con el precio normal del mercado, siempre que el órgano de contratación en los pliegos lo justifique de forma motivada y adecuada.

- En los dos supuestos analizados en las citadas Resoluciones 50/2016 y 76/2016, se trataba de prestaciones en las que el coste de la mano de obra es fundamental, incluso en el primer caso representa el 88,4% del total, siendo además en la mayoría de los supuestos conocidos por aplicación de los respectivos convenios colectivos y, en su caso, del salario mínimo interprofesional. Asimismo, en los supuestos examinados en dichas resoluciones, el cálculo de los costes, incluido los de personal, se han realizado con rigor y, por último, dado el tipo de prestación se justifica un alto conocimiento del mercado. Estas circunstancias son consustanciales a los contratos de servicios en los que, entre otros costes, el de la mano de obra suele suponer una parte importante de la prestación y además en la mayoría de los casos conocido por mor de la aplicación de los respectivos convenios colectivos.

- El conocimiento de los costes en los contratos de suministro es más difuso, dada la existencia en la mayoría de los casos de varias entidades fabricantes, así como de la presencia de empresas comercializadoras con distintos márgenes y acuerdos que dificultan, sino imposibilitan, normalmente el conocimiento suficiente de los precios de mercado».



Sobre lo anterior se concluye: *«En definitiva, siendo la regla general que la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación, como puede ser un porcentaje de bajada sobre el mismo, la justificación que se aporte por parte del órgano de contratación para su excepción ha de ser interpretada de forma restrictiva, y solo en aquellos casos en los que se demuestre un conocimiento del precio de mercado de la licitación que se promueve, se puede aceptar el citado umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación».*

De todo lo anterior, se desprende que la aplicación de un parámetro de anormalidad que se establezca en función del presupuesto de licitación en lugar de con base a las ofertas presentadas debe quedar condicionado a una suficiente motivación contenida en el expediente de contratación y accesible a los potenciales licitadores del que se pueda inferir que el umbral establecido se corresponda con el precio normal de mercado, condición que no se ha cumplido en el presente supuesto en el que no se establece motivación alguna que explique las causas por las que se ha establecido el citado parámetro ni se ha mencionado ni motivado de forma adecuada que el mismo se encuentre dentro del precio normal de mercado. Tampoco, y aunque ello no se podría tener en cuenta para la desestimación del motivo de recurso, el órgano de contratación ha argumentado sobre esta cuestión en su informe.

Por todo lo anterior, procede la estimación de este motivo de recurso, al considerar este Órgano que no ha quedado justificado en el expediente de contratación la aplicación excepcional de parámetros de anormalidad referidos al precio de licitación por resultar estos comprendidos en el precio normal de mercado.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal. Sobre el requisito consistente en disponer, al tiempo de presentación de las ofertas y no solo al tiempo de ser propuesto como adjudicatario, de presencia física en el ámbito geográfico en el que los servicios van a ser demandados.

La recurrente impugna la cláusula 3.2. del PPT titulada *«presentación de ofertas»* al establecer que: *«el empresario interesado en licitar solo podrá presentarse, de entre los emplazamientos descritos en el punto 2 anterior, a aquel en que radique su domicilio (social en el caso de las personas jurídicas o fiscal en el caso de las personas físicas) y a aquellos otros que no disten más de 180 kilómetros entre este y la capital de cada una de las provincias citadas en el punto 2 de este PPT».* Más adelante en la misma cláusula, asimismo se indica: *«Para aquellas empresas que dispongan de más de una delegación abierta en distintos emplazamientos con personal adscrito a las mismas, el criterio anterior será de aplicación respecto de cada una de las delegaciones que mantenga abiertas. La existencia de estas delegaciones habrá de acreditarse mediante la aportación documental correspondiente que acredite la disponibilidad del local sede de la delegación.*

Un empresario podrá también presentarse a cuantos emplazamientos desee sin limitación de kilómetros de distancia si opta por la fórmula de la subcontratación, para lo cual deberá acompañar a su proposición y como contenido del sobre nº 1 el DEUC de los subcontratistas propuestos, firmados por estos, en el que consten todos los detalles personales de los mismos y que cumplen con los requisitos de solvencia exigidos en el Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Jurídicas Particulares. El domicilio social o fiscal del subcontratista deberá coincidir con el emplazamiento para el que lo presenta».

Como se ha indicado, la recurrente considera que de la redacción anterior se extrae que el *«arraigo territorial»* se exige no solo al licitador que resulte adjudicatario sino a todos los licitadores dado que se configura como un requisito de acceso a la licitación. Alude a diversa doctrina sobre esta cuestión y concretamente a la Resolución 327/2023, de 13 de junio, de este Tribunal para apoyar su argumentación.

En este sentido, la recurrente se remite a la justificación existente en el expediente de contratación sobre la exigencia anteriormente reproducida. Dicha justificación se encuentra en la propia cláusula 3.2. del PPT en la que



se manifiesta: *«Dadas las características del servicio, directamente vinculado a los servicios informativos de la Cadena, es absolutamente imprescindible que las empresas a incorporar al acuerdo marco en cada uno de los territorios delimitados en el punto 2 anterior tengan presencia física en el ámbito geográfico en el que los servicios van a ser demandados. Tal como se explica en la Memoria que acompaña a este pliego, este requisito, lejos de ser una restricción artificial a la competencia, es una exigencia perentoria vinculada íntimamente a la característica del servicio a prestar y, por consiguiente, al objeto del contrato».*

Asimismo, la justificación queda recogida en el apartado 11 de la memoria justifica, en la que sobre esta cuestión se manifiesta: *«No obstante, en aras de facilitar la presentación de pequeñas y medianas empresas a la licitación, así como de profesionales autónomos, se articulará un sistema para facilitar la presentación de estas y estos mediante la vinculación de la oferta a un emplazamiento determinado. No hay que olvidar que la cobertura de servicios informativos, en muchos casos, no resulta compatible con la planificación de recursos por lo que es necesario adoptar el criterio de vinculación del operador con el territorio en el que se pretenda prestar el servicio. Este criterio, lejos de suponer una discriminación por territorialidad, viene a reconocer la característica particularísima del servicio y la necesidad de que el operador esté empotrado en el espacio físico donde habrá de cubrir las noticias».*

La recurrente, como se ha manifestado, considera que esta configuración genera un obstáculo a la participación en la licitación dado que existe un trato diferenciado entre personas físicas y jurídicas, afirma que en estas segundas sí se contempla la posibilidad de que tengan una delegación pero no así en el supuesto de las personas físicas respecto de las únicamente se tiene en cuenta su domicilio salvo que acudan a la subcontratación, teniendo en cuenta que al subcontratista se le exige el mismo requisito previo. Manifiesta, que tal exigencia resulta desproporcionada y afirma que dicho requisito se debería de cumplir no al tiempo de presentación de ofertas sino en fase de ejecución. Motivos por los que solicita que la cláusula sea anulada.

Por otro lado, el órgano de contratación manifiesta en el informe su oposición a lo alegado por la recurrente con base, en síntesis, a dos argumentos: *«1. No figura como elemento de solvencia, por lo que no es requisito para ser admitido al procedimiento de selección de empresarios 2. No se exige ningún tipo de acreditación de tal extremo de "arraigo" al territorio entre la documentación a presentar en los sobres 1 y 2 que integran el contenido de la solicitud de incorporación».*

En este sentido manifiesta: *«Por consiguiente, difícilmente se va a discriminar a empresarios en la fase de clasificación de solicitudes de incorporación por el supuesto falsamente alegado por los recurrentes, ya que no existen elementos que permitan al órgano de contratación efectuar dicha selección que, dicho sea de paso, sería contraria a Derecho. Por las características del procedimiento, la acreditación de la vinculación con el territorio en el que se aspire a prestar servicios le será solicitado únicamente a los aspirantes a la incorporación al acuerdo marco una vez se proceda a su clasificación en atención a las ofertas presentadas por cada uno de ellos».* Considera que por tanto que el arraigo se exige en fase de ejecución y que se encuentra suficientemente motivado por lo que atendiendo a la doctrina sobre la cuestión, el mismo resulta válido por lo que solicita que sea desestimado este motivo de recurso.

Pues bien, visto lo anterior, la cuestión estriba en dilucidar si atendiendo a lo dispuesto en los pliegos la cláusula de arraigo se exige; bien a los licitadores como condición para presentar la oferta, en el sentido argumentado por la recurrente, o si bien realmente se exige tan solo a los adjudicatarios, como manifiesta el órgano de contratación, supuesto en el que además se habría de analizar la justificación de dicha cláusula.



Sobre las cláusulas que implican arraigo territorial ha tenido la ocasión de manifestarse este Tribunal en numerosas ocasiones así, por ejemplo, en la Resolución 387/2022, de 21 de julio, se hace un resumen sobre la doctrina con relación a esta cuestión indicando lo siguiente:

«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”.

En el presente supuesto se parte de que los pliegos se han redactado de una forma confusa, dado que se entremezclan cuestiones entre el PCAP y el PPT, así, si bien la presentación de las ofertas es un contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares, en el presente supuesto la regulación se encuentra repartida entre ambos pliegos. En este sentido, parece que el PPT viene a completar en determinadas cuestiones lo



establecido en el PCAP. Así, en la mencionada cláusula 3.2. denominada «*presentación de ofertas*» del citado PPT se exige como anteriormente se ha reproducido la condición de arraigo territorial, la misma no se recoge como un compromiso ni como una condición para ser adjudicatario del contrato, sino que se exige para poder participar en el procedimiento. Lo mismo ocurre respecto de los contratistas ya que se establece que en el propio DEUC que se deberá señalar el domicilio social que «*deberá coincidir con el emplazamiento para el que lo presenta*». Es decir, que en el presente supuesto la cláusula de arraigo territorial se configura desde el PPT con una suerte de requisito de admisión dado que la misma se debe reunir para poder participar en la licitación.

Por otro lado, resulta cierto que existe una motivación que, sin prejuzgar su legalidad, podría llegar a ser considerada como comprensible del motivo por el que se introduce la cláusula de arraigo territorial justificado en la rapidez en la que se tenga que prestar el servicio informativo en determinados supuestos, sin embargo, este Tribunal no considera correcta la forma en la que se ha introducido en los pliegos, dado que si bien podría llegar a ser considerado como una condición de ejecución a exigir al adjudicatario del contrato, sin prejuzgar como decimos su legalidad, no parece proporcionado y resulta restrictivo de la competencia que se solicite a todos los licitadores como requisito previo para poder participar en la licitación.

Por tanto, procede estimar este motivo de recurso.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal. Sobre la configuración de la cláusula de asignación de servicios ordinarios, en determinados supuestos.

La recurrente cuestiona la configuración de la clasificación de los licitadores, para el supuesto en que exista un empate en el precio ofertado dado que se configura la asignación de los servicios por sorteo. Esta cuestión a juicio de la recurrente se amplifica dado que dicho sorteo se realiza cada día en función de lo establecido en los pliegos. Manifiesta que era mejor el sistema establecido en el acuerdo marco vigente que no prevé que se reinicie el turno de asignación.

En este sentido la asignación de servicios se encuentra regulada en la cláusula 3.5. del PPT que establece lo siguiente: «*Cada día de vigencia del acuerdo marco, CSRTV realizará la solicitud de servicio del primer servicio del día al primer empresario clasificado en la provincia respectiva. El segundo servicio del día se encargará al segundo empresario mejor clasificado y así sucesivamente para todos los servicios que surjan en ese mismo día. Al día siguiente el turno de asignación de servicios empezará de nuevo en el primer clasificado y se operará de la misma forma antes descrita para los sucesivos servicios a asignar dentro de ese día. Y así durante todos los días siguientes*».

La recurrente se refiere al supuesto en el que a la hora de prestar el servicio exista un empate en la oferta económica entre varios licitadores, dicha cuestión queda prevista en la cláusula 3.3. del PPT que establece lo siguiente: «*En el caso de empate entre dos o más licitadores que hayan formulado la misma oferta económica se procederá a desempatar aplicando los criterios establecidos en el artículo 147.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Si entre estos empresarios incursos en empate existiere algún autónomo sin personal asalariado contratado, y dada la imposibilidad de aplicar a este los criterios del artículo 147.2 LCSP, se procederá al sorteo puro entre todos aquellos implicados en el empate. Este sorteo será llevado a cabo por la Mesa de Contratación de CSRTV por el método de insaculación una vez conocidos los empates, de lo cual dará fe el Secretario de la Mesa reflejando en acta de la Mesa el resultado del mismo, que será publicada en el perfil del contratante de CSRTV*»

Sobre esta cuestión la recurrente menciona que «*el licitador que, a igualdad de precio, obtuvo una mejor clasificación por el azar del sorteo, tenga más probabilidades de prestar servicios diarios que aquel otro licitador*



que, ofertando el mismo precio, quedó postergado, frente a aquel, por el azar del sorteo. Y tal efecto distorsionador se produce por el simple hecho de que la cláusula de asignación de servicios al reanudarse cada día por el primer clasificado impide que los servicios roten hasta alcanzar a aquellos otros licitadores que ofertaron el mismo precio, pero quedaron relegados. Lo cual es un efecto injusto que rompe la igualdad entre los licitadores que ofertaron el mismo precio». Por lo anterior solicita como indicamos que la cláusula sea anulada.

Por otro lado, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone manifestando que al objeto de ser lo más justo posible en la clasificación de los licitadores optó por incluir una de las formas legalmente establecidas en el artículo 147.2 de la LCSP, que indica el sorteo como última opción, especificando de forma clara en los pliegos cuál será la forma de realización del citado sorteo.

El órgano de contratación manifiesta ser conocedor de que a este contrato optan una mayoría de autónomos sin personal a cargo por lo que consideró que no era ni adecuado ni posible introducir los criterios de desempate del artículo 147.1 de la LCSP por lo que optó por introducir el ya citado. A su juicio la cláusula no supone ningún tipo de discriminación, manifiesta que: «si entre los incursos en empate no existe ningún autónomo sin personal a cargo se aplicarán los criterios del artículo 147.2 en el orden allí indicado». A su juicio la pretensión de la recurrente supone una intromisión en la facultad reguladora del servicio por parte del órgano de contratación.

Pues bien, el objeto de la controversia se centra en la configuración de los criterios de desempate en el PPT, dado que la recurrente cuestiona fundamentalmente su cláusula 3.3. en relación con la resolución de los empates. Sobre lo anterior, como se ha indicado, el propio pliego se remite al artículo 147 de la LCSP.

Sin embargo, se ha de considerar que el citado precepto prevé en su apartado primero y segundo dos escenarios diferentes; el primero en el artículo 147.1. LCSP, que el órgano de contratación establezca en el propio pliego -en el de cláusulas administrativas y no en el de prescripciones técnicas- criterios de adjudicación específicos para el desempate, que se exige que estén vinculados al objeto del contrato y que se refieran a alguno de los establecidos en el citado artículo. Por otro lado, en el segundo apartado, se prevé el supuesto en el que en los pliegos no se hayan establecido dichos criterios para el que se establecen de forma ordenada para su aplicación una serie de criterios sociales, siendo el último el «sorteo» de aplicación «en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate» y que es el que establece el órgano de contratación en el pliego.

De lo anterior, se puede extraer que la configuración en el pliego del citado criterio de desempate no es correcta en tanto que contradice lo dispuesto en el artículo 147 de la LCSP, dado que se recoge uno de los criterios establecidos en el 147.2 de la LCSP que como se ha indicado resulta de aplicación en el supuesto en el que no se prevean los mismos en el pliego, por lo que no se puede recoger en el mismo, puesto que de esta forma, como decimos, se infringe el mandato legal.

Además, concretamente se establece en el PPT que para el supuesto en el que exista un licitador que sea empresario autónomo, sin personal asalariado, directamente se procede al sorteo, por lo que además de que se contradice el artículo 147.1 de la LCSP en el sentido anteriormente manifestado, se conculca el 147.2 de la LCSP que establece 3 criterios prioritarios antes de que se pueda proceder al sorteo, y que incluso atendiendo a las razones alegadas por el órgano de contratación, supone que se omiten los criterios previstos y que deben de ser de aplicación, por ejemplo, en el supuesto de que el empate se diera entre una persona jurídica y un empresario autónomo sin personal a cargo.

El órgano de contratación manifiesta en su informe que esta configuración deriva de la imposibilidad de establecer de otra manera los criterios de desempate, sin embargo, ello no le puede habilitar para establecer una



cláusula que conculque de forma clara el contenido de un precepto legal. En conclusión, procede la estimación de este motivo de recuso.

NOVENO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho sexto a octavo de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, 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 **J.A.P.M. y otros**, contra los pliegos rectores del procedimiento de adjudicación denominado «Acuerdo marco de homologación de proveedores para el servicio de ENG para el apoyo a la producción de programas de Canal Sur Radio y Televisión S.A.», (Expte. EC/2-026/23), promovido por Canal Sur Radio y Televisión, S.A., entidad adscrita a la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA), dependiente de Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho noveno 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 mediante Resolución MC. 161/2023, de 20 de diciembre.

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.

