

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 101/2013

Recursos nº 110/2013 y 116/2013

Resolución nº 101/2013

En Madrid, a 6 de marzo de 2013.

VISTOS los recursos acumulados interpuestos por D. J.D.R.S.J. en representación de ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL) y D.J.M.N. en representación de ASOCIACIONES FEDERADAS DE EMPRESARIOS DE LIMPIEZA NACIONALES (AFELÍN), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir la contratación del “Servicio de limpieza de los Servicios Centrales y Delegaciones Provinciales del Instituto Nacional de Estadística” (Exp. 01002730154N), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Instituto Nacional de Estadística (INE) convocó, mediante anuncio enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el 31 de enero de 2013, y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 16 de febrero de 2013 y en la Plataforma de Contratación del Estado el 6 de febrero de 2013, licitación para adjudicar por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, contrato relativo al “Servicio de limpieza de los Servicios Centrales y Delegaciones Provinciales del Instituto Nacional de Estadística”, con un valor estimado de 5.570.734,40 euros.

Segundo. La licitación se desarrolló de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. Contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la citada licitación, han interpuesto recurso especial en materia de contratación la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL) y ASOCIACIONES FEDERADAS DE EMPRESARIOS DE LIMPIEZA NACIONALES (AFELÍN), por los que se solicita se declare la nulidad de la cláusula 9.3 j) del pliego, alegándose así mismo que el importe del contrato tiene efectos discriminatorios al restringir la concurrencia, vulnerándose con ello el principio de igualdad de trato con respecto de las pequeñas y medianas empresas.

Cuarto. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 27 de febrero de 2013 acordó, a instancia de parte, la adopción de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación de acuerdo con lo previsto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de forma que según lo previsto en el artículo 47 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la misma.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se recurre el pliego de cláusulas administrativas particulares de un expediente de contratación sujeto a regulación armonizada, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Segundo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC en adelante), aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 110/2013 y 116/2013, al guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión por referirse a un mismo acto impugnado e idéntica licitación, y fundarse sus pretensiones en la nulidad del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Tercero. En lo que se refiere a la legitimación para recurrir, el artículo 42 del TRLCSP establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso. En este caso, los recurrentes han acreditado que son una asociación representativa de los empresarios de limpieza de edificios y locales, entre cuyos fines están los de defender

los intereses de sus miembros y promover y proteger la libre competencia. Como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones de este Tribunal (verbigracia, la Resolución 29/2011) “parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos”. En tal sentido (y así se argumenta en la citada Resolución) la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 mayo 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto del recurso. Debe, por todo ello, concluirse, que tanto ASPEL como AFELÍN están legitimadas para plantear su pretensión de reforma de los pliegos.

Cuarto. La competencia para resolver el citado recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP. Por otro lado, se han cumplido las prescripciones formales establecidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley.

Quinto. La cuestión que se plantea por ambos recurrentes se refiere a la eventual vulneración de la cláusula 9.3 j) del pliego de cláusulas administrativas particulares de los principios de concurrencia y de igualdad. Esta cláusula establece “como requisito indispensable para la admisión que la empresa demuestre tener en cada una de las provincias donde se va a ejecutar el contrato una Delegación de Zona. A tal efecto, la empresa designará el domicilio de la citada Delegación. Además deberá presentar la documentación que acredite la titularidad de la repetida Delegación de Zona (por ejemplo: contrato arrendamiento, escritura de propiedad...). La no presentación de esta documentación determinará la exclusión de la oferta”. Así mismo, prevé para “el supuesto de que el licitador pretendiese subcontratar parte del servicio, la acreditación de tener una Delegación de Zona correspondiente a las Delegaciones provinciales del INE podrá sustituirse por la acreditación de que el subcontratista tiene una Delegación de Zona en el ámbito objeto de la subcontratación”.

En apoyo de esta alegación citan la Resolución 29/2011, de 9 de febrero, de este Tribunal en la que se analizaba un supuesto análogo al planteado en el presente recurso, en relación con la necesidad exigida en el pliego de que para la prestación objeto del contrato sea imprescindible que los licitadores dispongan delegaciones abiertas en cada una de las provincias donde se va a ejecutar el contrato, y el Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que se concluía que “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público.”

Por otro lado, AFELÍN alega que la dimensión del contrato por su elevado importe es una barrera de entrada que discrimina indebidamente a las empresas lo que conculcaría los principios de concurrencia e igualdad de trato que rigen en materia de contratación administrativa.

Sexto. Por su parte el órgano de contratación alega en su informe que la inclusión de la cláusula 9.3 j) en el pliego obedece a la experiencia en contratos anteriores que aconseja disponer de un responsable de la empresa cercano al lugar de prestación del servicio para evitar retrasos en la resolución de las incidencias que inevitablemente surgen de la ejecución del contrato, existiendo por tanto justificación técnica, “garantizar la operatividad” y económica, “reducir el coste de la contratación del servicio”, todo ello sin que el pliego exija un arraigo previo.

En cuanto a la alegación del excesivo importe del contrato, señala que si bien la contratación pública se rige por el principio de libre concurrencia, también han de tenerse en cuenta los de control de gasto y eficiencia en la asignación de los fondos públicos.

Séptimo. La primera cuestión a abordar, planteada por ambos recurrentes, es la relativa a la vulneración por la cláusula 9.3 j) del pliego de cláusulas administrativas particulares de los principios de concurrencia y de igualdad al establecer como un requisito de admisión que la empresa demuestre tener en cada una de las provincias donde se va a ejecutar el contrato una Delegación de Zona directamente o a través de los eventuales subcontratistas, exigencia, que tal como está formulada, es de hecho un requisito de adicional al de clasificación que se exige en la cláusula 9.3 e) del pliego de cláusulas por referencia a la cláusula 14.

Así pues, entiende este Tribunal que con carácter previo al estudio de si la citada cláusula 9.3 j) del pliego vulnera los principios de concurrencia e igualdad, tal y como manifiestan las recurrentes, se hace necesario examinar la posibilidad de su exigencia como requisito adicional a la clasificación.

Evidentemente, no cabe plantearse su exigencia como requisito de solvencia pues, de acuerdo con el artículo 74.2 del TRLCSP, la clasificación sustituye la acreditación de solvencia a través de los medios previstos en los artículos 75 y siguientes del TRLCSP. En cambio, sí sería posible plantearse su exigencia como compromiso de adscripción de medios, en los términos previstos en el artículo 64.2 del TRLCSP.

El TRLCSP, en su artículo 64.2 dispone que: “Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario”.

De acuerdo con el precepto citado, además de acreditar la solvencia o, en su caso clasificación, que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la posibilidad de exigir un plus de solvencia, mediante el establecimiento de la obligación de señalar los concretos medios personales o materiales, como podría ser en este caso “Delegación de Zona”. En definitiva este compromiso de adscripción de medios se configura, por tanto, como una obligación adicional, de proporcionar unos medios concretos, de entre aquellos que sirvieron para declarar al licitador idóneo para contratar con la Administración. En cualquier caso, el límite a la exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato resulta de los principios de proporcionalidad, esto es relación con el objeto y el importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública. Se trata además de una obligación cuya acreditación, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, corresponde sólo al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234/03), señaló que si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentación de las ofertas no vulneraba el principio de libertad de establecimiento, la obligación de disponer de ella ya en el momento de presentación de la oferta, aunque la existencia de esta oficina se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso firme de tenerla.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la exigencia de “Delegaciones de Zona”, de resultar exigible, por cumplir con los principios de la contratación pública, sería admisible bien como compromiso de adscripción de medios -a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares- o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego de prescripciones técnicas-, siendo intrascendente el título jurídico en cuya virtud se disponga de las citadas Delegaciones.

No obstante, en el expediente de referencia no se cumplen ninguno de los supuestos mencionados, lo que nos lleva a anticipar ya que cláusula 9.3 j) del pliego de cláusulas administrativas particulares no es conforme a derecho y por tanto debe ser anulada.

Corresponde seguidamente examinar si, tal y como manifiestan las recurrentes, el requisito de tener en cada una de las provincias donde se va a ejecutar el contrato una Delegación de Zona directamente o a través de los eventuales subcontratistas, es contrario a los principios de concurrencia y de igualdad requeridos en el ámbito de la contratación pública.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7976) afirma que “el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”.

La determinación de los criterios de selección de los licitadores respecto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva significa que no se podrán valorar aquellos aspectos que, aun cuando pueda parecer que están vinculados con el objeto del contrato, por sí mismos y de forma objetiva no impliquen una mejor proposición y, en definitiva, una mejor ejecución del contrato, de manera que con ellos lo que se está es limitando o restringiendo el acceso a licitadores que sí podrían cumplir con el objeto de la prestación.

El arraigo territorial como criterio de admisión ha sido objeto de consideración en diversas ocasiones por este Tribunal, además de en la Resolución 29/2011, de 9 de febrero, citada por los recurrentes.

Así, este Tribunal señaló en la Resolución 139/2011, de 11 de mayo, que “debe ante todo ponerse de manifiesto la total contradicción con los principios de la Directiva 2004/18/CE y con la Ley de Contratos del Sector Público de cualquier obligación impuesta en los pliegos que implique la posibilidad de que la concurrencia a una licitación quede limitada exclusivamente a empresas que cumplan determinados requisitos de arraigo territorial”.

Por su parte, la Resolución 217/2012, de 3 de octubre, exponía, si bien en relación a un contrato de servicio de vigilancia, que “como este Tribunal ha tenido ocasión de manifestar en pronunciamientos anteriores sobre recursos similares (valga como referencia la Resolución 029/2010), son nulas las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones”.

No obstante lo anterior, en la Resolución 139/2011 se precisa que “la cuestión no puede ser analizada en términos tajantes, sino que para llegar a la conclusión de que éste es el caso en el supuesto que se contempla es preciso determinar si de la forma en que viene exigido por los pliegos de la licitación puede considerarse como una exigencia contraria a los principios indicados (los de la de la Directiva 2004/18/CE) o como una necesidad derivada de la propia naturaleza del contrato. De ser esta última circunstancia la que realmente concurre en este caso, no podría negarse la legalidad de la exigencia del requisito examinado y su relación directa con el objeto de contrato.”

En este sentido, el pliego de cláusulas administrativas particulares se limita a establecer el requisito de arraigo territorial sin que se ponga de manifiesto ni se deduzca de su contenido la relación que con el servicio objeto de contrato tenga la exigencia de disponer de “Delegaciones de Zona”. Tampoco del pliego de prescripciones técnicas, al describir los términos del servicio, se concluye la existencia de vinculación de dicha exigencia con el objeto del contrato.

Por otra parte, las alegaciones del órgano de contratación para justificar la inclusión de tal cláusula en el pliego no resultan admisibles, ya que la exigencia de un responsable de la empresa cercano al lugar de prestación del servicio para evitar retrasos en la resolución de las incidencias que inevitablemente surgen de la ejecución del contrato, garantizando así la operatividad en la ejecución y la reducción del coste de la contratación del servicio, no justifica que los licitadores dispongan de una Delegación de Zona propia o, en su caso, del subcontratista, en cada provincia donde se ejecute el contrato, dado que el servicio de limpieza objeto del contrato no supone necesariamente que para su prestación sea imprescindible la existencia de dichas delegaciones.

Realmente lo que se pone de manifiesto con las afirmaciones del órgano de contratación es que éste considera indispensable para la buena ejecución del contrato disponer de un responsable para atender las incidencias que puedan afectar al servicio, pero la satisfacción de esta necesidad, entiende el Tribunal, no pasa necesariamente por exigir “Delegaciones de Zona”, sino que basta con exigir al adjudicatario del

contrato un coordinador o responsable para solventar dichas incidencias, requisito éste que ya se establece como condición de ejecución del contrato en el apartado 4.i) del pliego de prescripciones técnicas (“El adjudicatario deberá designar una persona responsable que le represente, con fácil localización y con los debidos conocimientos de la actividad, al objeto de que las incidencias en el servicio puedan tener soluciones rápidas en un momento determinado”), lo que hace innecesario, desproporcionado y contrario a la concurrencia, la exigencia de las citadas Delegaciones, en la medida que las incidencias que quiere atender el órgano de contratación a través de las mismas ya se cubren con la exigencia contenida en el apartado transcrito del pliego de prescripciones técnicas.

Consecuentemente, tal requisito establece un obstáculo no justificado a la licitación del contrato y contraviene los principios de igualdad y concurrencia que deben informar la contratación pública. Por tanto, procede estimar el recurso en este extremo, debiendo de anularse la cláusula 9.3 j) del pliego de cláusulas administrativas particulares, porque la exigencia de acreditación de la titularidad de una Delegación de Zona en cada provincia donde se ejecute el contrato, por parte del licitador o del subcontratista, constituye una indudable restricción a la libre concurrencia que no viene avalada por disposición legal alguna ni puede considerarse, ante la escasez de las argumentaciones aducidas por el órgano de contratación, como una prestación integrada en el objeto del contrato.

Octavo. Por lo que se refiere a la alegación de la excesiva dimensión del contrato y la restricción que produciría a la libre concurrencia e igualdad de trato de las eventuales empresas licitadoras, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en ocasiones anteriores como en la Resolución 148/2012, de 12 de julio. En esta Resolución se reconocía que “la salvaguarda de la libre competencia, como señala el artículo 1 del TRLCSP, es un principio inspirador de la contratación pública y está presente de forma indirecta en los de libertad de acceso, publicidad, transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. Pero también están entre esos principios, como señala el mismo artículo, el de “asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios...”

Continúa la citada Resolución reconociendo que “el principio de eficiencia se plasma en objetivos de racionalización de la contratación y de reducción del gasto, no compatibles con una dispersión de la contratación. Tal dispersión podría propiciar el acceso a las licitaciones de las pequeñas y medianas empresas del sector, pero sería contraria a los objetivos indicados y podría ser menos respetuosa con principios como los de publicidad y transparencia en los procedimientos que son también salvaguarda de la libre competencia”. Finalmente, apunta la posibilidad que disponen las empresas de menor dimensión de asociarse en UTE.

AFELÍN trae a colación como fundamento de su pretensión el Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en relación a un “Acuerdo marco de contratación centralizada de los servicios postales y telegráficos para la Administración de la Comunidad autónoma de Aragón, sus Organismos Autónomos y restantes Entes públicos autonómicos y locales adheridos”, y al que este Tribunal se ha referido en su Resolución 220/2012, en el que se concluye señalando que, “Por ello debe admitirse este primer argumento del recurrente, y considerar que el acuerdo marco en cuestión, por su dimensión y operatividad -la ausencia de lotes-supone una limitación a la competencia, y favorece indirectamente al anterior operador dominante, quebrándose por ello el principio de igualdad de trato referido por el artículo 1 LCSP, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE -de la que resulta que el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que, mismo resultado (entre otras, SSTJUE de 5 de diciembre de 1989, 16 de enero de 2003, y 1 de julio de 2004)-, así como el artículo 101 LCSP que establece que los pliegos deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia. Por lo demás, no debe desconocerse que un régimen jurídico que facilite el acceso y favorezca la competencia de forma efectiva constituye un requisito imprescindible para llevar a cabo un gasto público eficiente, premisa en la que se justifica este acuerdo marco y que será de difícil realización por los argumentos expuestos”.

Sin embargo, el Acuerdo citado no es trasladable al supuesto planteado en el presente caso, ya que en la mismo se trata de evitar que la dimensión del acuerdo marco de contratación centralizada de referencia y su operatividad, en el que no existía la división del objeto contractual en lotes, pudiera favorecer indirectamente al anterior operador dominante, en un sector como el postal que es un mercado recientemente liberalizado. Además, se trataba de un acuerdo marco con un único proveedor, por un plazo de cuatro años y excepcional por su amplitud desde la perspectiva subjetiva al comprender la casi totalidad de las entidades públicas de Aragón, lo que suponía una clara infracción de los límites previstos legalmente para la utilización del acuerdo marco, puesto que la libre competencia se vería obstaculizada, restringida o falseada (artículo 196 del TRLCAP).

En el presente caso, además de no concurrir las circunstancias analizadas en el Acuerdo mencionado, el órgano de contratación en su informe ha motivado el importe de la contratación, justificando la conveniencia de la licitación en los términos planteados en la necesidad de unificar los servicios de limpieza de los Servicios Centrales del INE y todas las Delegaciones Provinciales que no se ubiquen en “edificios múltiples” con el fin de cumplir con las medidas de austeridad, garantizando de este modo el objetivo de control del gasto y una eficiente utilización de los fondos públicos. Esas razones, entiende el Tribunal, han de prevalecer sobre el principio que pretende favorecer la máxima concurrencia, por lo que procede desestimar las alegaciones de la recurrente en este punto.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.D.R.S.J. en representación de “ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL) y D.J.M.N. en representación de ASOCIACIONES FEDERADAS DE EMPRESARIOS DE LIMPIEZA NACIONALES (AFELÍN) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir la contratación del “Servicio de limpieza de los Servicios Centrales y Delegaciones Provinciales del Instituto Nacional de Estadística” (Exp. 01002730154N), anulando la cláusula 9.3 j) del pliego de cláusulas administrativas particulares. Se anula el procedimiento de contratación, siendo necesario convocar una nueva licitación en la que deba de servir de base un nuevo pliego adaptado a los pronunciamientos de esta resolución

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento, acordada de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.