

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 438/2014

Recurso nº 370/2014 C.A. Principado de Asturias 028/2014

Resolución nº 438/2014

En Madrid, a 6 de junio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. T.M.A.A. en nombre y representación de la empresa GUPOST, S.A.U. PUBLICIDAD DIRECTA, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del Procedimiento Abierto para la adjudicación del "Servicio de impresión, manipulado y distribución de la correspondencia", convocado por la Empresa Municipal de Aguas de Gijón, S.A.U. (EMASA), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- La Empresa Municipal de Aguas de Gijón, S.A.U. (en adelante, EMASA) convocó, mediante anuncios publicados en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Estado los días 9 y 4 de abril de 2014, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del "servicio de impresión, manipulado y distribución de la correspondencia", con un valor estimado de 990.000 euros.

SEGUNDO.- El 24 de abril de 2014 la mercantil GUPOST, S.A.U. PUBLICIDAD DIRECTA. interpuso recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir la referida licitación.

TERCERO.- El órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso interpuesto, acompañado del informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

CUARTO.- Con fecha de 23 de mayo de 2014 este Tribunal dictó resolución acordando recabar audiencia del órgano de contratación sobre la posible adopción de oficio de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 TRLCSP. A sus resultados, el 30 de mayo de 2014 se dictó resolución por la que adoptó “de oficio la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP”.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de 3 de octubre de 2013, publicado en el BOE de 28 de enero de 2013.

SEGUNDO.- Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello (artículo 42 TRLCSP), en tanto la entidad recurrente podría, por razón de su actividad (el informe del órgano de contratación advierte que, entre 2010 y 2013 vino prestándolo como subcontratista) concurrir a la licitación a que aquél se contrae.

TERCERO.- El contrato objeto de impugnación es un contrato de servicios de la categoría 15 del Anexo II del TRLCSP, que, por su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada (artículo 16 TRLCSP) y, como tal, es susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.a) TRLCSP.

Por lo demás, el pliego de prescripciones técnicas es uno de los actos contra los que cabe recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2.a) TRLCSP.

CUARTO.- El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO.- Entrando en el fondo de la cuestión, ha de destacarse que la actora pretende que se anule la cláusula del Pliego de Prescripciones Técnicas de aplicación en la que se afirma que "el adjudicatario deberá radicar o comprometer su establecimiento en Gijón y contar en sus instalaciones con el material técnico e informático necesario y con los medios humanos precisos para el desarrollo de los trabajos objeto del contrato con la prontitud que se le requiere y las condiciones fijadas en el pliego, así como atender posibles recogidas de correspondencia por ciudadanos".

La actora considera que dicha exigencia es desproporcionada, pues es posible prestar el servicio "en las mismas condiciones de prontitud y cumpliendo los requerimientos exigidos en el PPT sin necesidad de centralizar todas las prestaciones (impresión, manipulado y distribución) en Gijón". Al tiempo, afirma que tal previsión del pliego incurre en vulneración de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Sobre esta base, considera que sólo debería resultar exigible tener "una oficina en Gijón a los efectos de atender posibles recogidas de correspondencia por los ciudadanos".

SEXTO.- Este Tribunal ha tenido ocasión de manifestar en reiteradas ocasiones (así, por ejemplo, en la resolución 526/2013, de 15 de noviembre, 217/2012, de 3 de octubre, así como en las 138/2011 y 139/2011, ambas de 11 de mayo), que "tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como la Jurisprudencia se han pronunciado acerca de la proscripción 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 las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones" .

En este mismo sentido, la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/2011, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, indicaba 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". De igual modo la "Guía sobre contratación pública y competencia" de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato.

La citada doctrina ha venido a tener plasmación positiva en el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, expresamente invocado por la actora, en el que, efectivamente, se afirma que serán consideradas "actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libre circulación" los "requisitos discriminatorios (...) para la adjudicación de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador" y, en particular, "que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en territorio de la autoridad competente o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio".

Sobre la base de las tales consideraciones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/2011, de 9 de febrero). En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado, "el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público", circunstancias que "igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración".

Sin embargo, lo cierto es que, en el supuesto examinado, dicho arraigo territorial no se configura en los pliegos de aplicación ni como condición de solvencia (tal y como puede comprobarse en la cláusula 5.1.A del Pliego de Cláusulas Particulares, en el que no existe mención alguna a la ubicación de la sede social o de las instalaciones de los adjudicatarios) ni como criterio de adjudicación (de acuerdo con la cláusula 6 del PCP lo son el precio y la organización del servicio, concepto este último que no se vincula al arraigo territorial preexistente del licitador).

En rigor, la previsión del PPT objeto de impugnación incorpora una exigencia de compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP) durante la ejecución del contrato, cuya admisión, como ha señalado este Tribunal, no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad de obligada observancia, ex artículo 1 TRLCSP, en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad.

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 presentar las ofertas, por mucho pudiera considerarse adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición a cumplir durante la ejecución del contrato, requiriéndose en fase de adjudicación únicamente el compromiso de tenerla. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Resolución 101/2013 de este Tribunal afirmó que, "la exigencia de 'Delegaciones de Zona", como modalidad de arraigo territorial, 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. Y ello en el bien entendido de que dicha exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato encontraría su límite en el principio de proporcionalidad, atendida su relación con el objeto y el importe del contrato, así como en los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública.

Por otro lado, es patente que dicha exigencia, si proyectada sobre la ejecución del contrato, que no sobre su adjudicación y como requisito de la misma, no puede comportar infracción ni quebrantamiento del referido artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, cuya previsión se contrae, explícitamente, a los "requisitos discriminatorios (...) para la adjudicación de contratos públicos".

SÉPTIMO.- Partiendo de todo lo expuesto, atendido el contenido prestacional que es objeto del contrato (que se detalla en el Pliego de Prescripciones Técnicas y que, entre otras previsiones, contempla, en relación con el "correo ordinario", la "recogida y entrega diaria del correo en nuestras oficinas, incluyendo el apartado de correos" y, con carácter general, la atención a "posibles recogidas de correspondencia por ciudadanos" y la "distribución de toda la documentación generada en un plazo máximo de 4 días laborales desde que se entrega el fichero"), parece razonable concluir que la exigencia en el Pliego de Prescripciones Técnicas de que "el adjudicatario deberá radicar o comprometer su establecimiento en Gijón y contar en sus instalaciones con el material técnico e informático necesario y con los medios humanos precisos para el desarrollo de los trabajos objeto del contrato con la prontitud que se le requiere y las condiciones fijadas en el pliego, así como

atender posibles recogidas de correspondencia por ciudadanos" tiene relación directa con el objeto contractual, se ofrece como plenamente lógica dado que los destinatarios de los envíos tendrán, ordinariamente, su residencia en Gijón (no cabe obviar que la entidad adjudicataria es la Empresa Municipal de Aguas de tal localidad) y a la par, deviene necesaria para el adecuado seguimiento del contrato y para la garantía de la inmediatez y la agilidad en las comunicaciones entre el adjudicatario y la Administración.

Por tanto, en la medida en que dicha previsión puede considerarse como una necesidad derivada de la propia naturaleza del contrato (en los términos que indica la Resolución 139/2011, de 11 de mayo), no limita la concurrencia (ya que no se establece en el PCAP ni como criterio de solvencia ni como criterio de adjudicación, sino en el PPT como condición de ejecución del contrato), y no resulta desproporcionada, no se hace acreedora a su anulación, debiendo por tal razón desestimarse el recurso interpuesto. Y ello en el bien entendido de que la literal dicción del Pliego de Prescripciones Técnicas examinado no comporta la estricta exigencia, pese a lo manifestado por la actora, de que absolutamente todas las prestaciones, a saber, impresión, manipulación y distribución, se centralicen en Gijón (sería dable el desarrollo en otras sedes de tareas auxiliares, supuesta la correcta prestación del servicio), pero tampoco quedaría colmada, como pretende la recurrente, por la mera apertura de una "oficina en Gijón a los efectos de atender posibles recogidas de correspondencia por ciudadanos".

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

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por D. T.M.A.A. en nombre y representación de la empresa GUPOST, S.A.U. PUBLICIDAD DIRECTA, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del Procedimiento Abierto para la adjudicación del "Servicio de impresión, manipulado y distribución de la correspondencia", convocado por la Empresa Municipal de Aguas de Gijón, S.A.U. (EMASA).

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia 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 TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.