RE 017/2016

Acuerdo 23/2016, de 11 de marzo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por EULEN, S.A, frente al procedimiento de licitación denominado «Servicio de limpieza de los Colegios públicos de Educación Infantil y Primaria de Calatayud», convocado por el Ayuntamiento de Calatayud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de febrero de 2016 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Servicio de limpieza de Colegios públicos de Educación Infantil y Primaria de Calatayud», convocado por el Ayuntamiento de Calatayud (en adelante el Ayuntamiento). Contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y un valor estimado de 453 528 euros, IVA excluido. El mismo anuncio relativo a la licitación, fue publicado en el BOE el 11 de febrero de 2016 y en el Perfil de contratante de la Diputación Provincial de Zaragoza el 8 de febrero de 2016.

Los anuncios señalan que el plazo de presentación de ofertas finaliza a las 14 horas del día 30 de marzo de 2016.

SEGUNDO.- El apartado 4.b) de la cláusula DUODÉCIMA del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la

licitación, relativo a la acreditación de la solvencia técnica por parte de los licitadores, entre otros extremos, y a los efectos del recurso, establece lo siguiente:

«La solvencia técnica deberá acreditarse por la persona física o jurídica que concurre a la licitación, mediante la acreditación de los dos requisitos siguientes:

[…]

Los licitadores deberán completar la acreditación de su solvencia mediante los siguientes compromisos:

- *Tener su domicilio social o delegación en el municipio de Calatayud en caso de resultar adjudicatario.*
- *Estar en posesión de la correspondiente licencia que les permita ejercer su actividad en el término municipal de Calatayud o compromiso de obtenerla en caso de resultar adjudicatario».*

Por su parte, el artículo 9 del PPT «*Instalaciones fijas*», dispone:

«***Artículo 9. Instalaciones fijas***.

El contratista dispondrá en Calatayud de una oficina administrativa, con servicio telefónico directo y suficiente en la que se ubique la representación de la empresa y el personal administrativo necesario para atender de manera inmediata a los requerimientos municipales o de los responsables de los Centros relativas al servicio. Dispondrá asimismo de una cuenta de correo electrónico.

Asimismo, el contratista dispondrá en Calatayud de dependencias idóneas para depositar la maquinaria, utensilios productos y demás materiales afectos al servicio».

TERCERO.- El 29 de febrero de 2016, tuvo entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Jacobo Luís Camacho Rivas, en representación de EULEN, S.A, (en adelante EULEN) contra el PCAP que rige el procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato.

Previamente, el 26 de febrero de 2016, EULEN anunció al Ayuntamiento, la interposición del recurso, conforme a lo establecido en el artículo 44.1 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).

El recurso se fundamenta en que no es admisible la exigencia contenida en el apartado 4.b) de la cláusula DUODÉCIMA del PCAP, por cuanto configura la condición de arraigo en el término municipal de Calatayud como criterio a tener en cuenta al valorar la solvencia técnica de los licitadores. EULEN fundamenta su recurso en la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), contraria a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterio de solvencia de los licitadores, o como criterio de adjudicación en los contratos del sector público. Doctrina que entiende tiene plasmación positiva en el artículo 18.2 a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado.

Por todo lo alegado, EULEN solicita al Tribunal que declare nulo el PCAP.

CUARTO.- El 1 de marzo de 2016, el Tribunal solicita al Ayuntamiento la remisión, en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo así como de un informe que contenga las alegaciones que el Ayuntamiento estime pertinentes al recurso, cumpliendo así con la exigencia prevista en el artículo 46.2 TRLCSP. La documentación tiene entrada en el Tribunal el 3 de marzo de 2016.

No se procede por el Tribunal a evacuar el trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; dado que al tratarse de un recurso especial contra pliegos y no constar ofertas no

puede acreditarse la existencia de terceros con condición de interesados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa EULEN para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su actividad social y sus pretensiones, puede tener interés en presentarse a la licitación.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra los Pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.2.a) TRLCSP, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- El recurso, como queda dicho en los antecedentes de este Acuerdo, se fundamenta en que la exigencia contenida en el apartado 4.b) de la cláusula DUODÉCIMA del PCAP, es contraria al régimen jurídico de la contratación pública, por cuanto configura la condición de arraigo en el término municipal de Calatayud como criterio a tener en cuenta al valorar la solvencia técnica de los licitadores.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la exigencia contenida en el apartado 4.b) de la cláusula DUODÉCIMA del PCAP, es contraria al régimen jurídico de la contratación pública, tal y como afirma y sostiene la recurrente.

El Tribunal de Justicia de Unión Europea (en adelante TJUE), tiene consolidada una importante doctrina en cuanto a la exigencia de que los licitadores cuenten con oficinas, delegaciones, almacenes, centros de trabajo, etc., que este Tribunal no puede desconocer.

Con carácter general, es necesario afirmar, que todo criterio que resulte restrictivo, bien porque impida, obstaculice o haga menos atractivo el ejercicio de los derechos de los operadores económicos a participar en una licitación, debe, cuando menos justificarse y motivarse en base a la necesidad ineludible de la propia prestación que constituye el objeto del contrato. La justificación debe partir de la naturaleza de la prestación, de manera que se acredite o razone que sin ese criterio, que resulta restrictivo, la prestación o no es viable o carece de sentido.

Las Sentencias de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, TJUE, abordaron el supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. La Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03, en su párrafo 35, recuerda que, según una jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C19/92, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, apartados 64 y 65).

Tanto el TJUE, como el TACRC —por todas, Resolución 955/2015, de 19 de octubre— sostienen que no es posible dar una respuesta general a la admisión, o no, de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora, sino que debe acudirse a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos. Y que resulta indiferente que la exigencia de una oficina, almacén, centro de trabajo o establecimiento, una delegación o un delegado sea exigible como un requisito de solvencia, una obligación de adscripción de medios materiales (como en el contrato objeto de recurso), un criterio de valoración de las ofertas, o bien exigirla como una prestación del contrato; puesto que cualquiera que sea la forma en que se configure una medida discriminatoria, o innecesaria para alcanzar los fines que se pretenden mediante el contrato, o desproporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia.

En definitiva, la exigencia o la consideración de un arraigo territorial de las empresas supone una limitación de la concurrencia y la libertad de acceso que debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que éste satisface. Y, como toda excepción de los principios generales debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican.

En conclusión, afirma la Resolución 955/2015 TACRC, el ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina o almacén en un mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es

un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato.

En este sentido se han pronunciado la mayoría de Tribunales administrativos de contratos; así la Resolución 356/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la que, tomando como referencia la doctrina tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado como del TACRC, el Tribunal resolvió que *«los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta, ni como requisitos de solvencia, ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas impugnadas»*.

TERCERO.- Si trasladamos las consideraciones anteriores al caso objeto de recurso, resulta evidente que la exigencia contenida en el apartado 4.b) de la cláusula DUODÉCIMA del PCAP, es contraria al régimen jurídico de la contratación pública, pues no puede configurarse como un elemento esencial e incluso necesario a los efectos de una adecuada prestación del servicio de limpieza objeto del contrato; y, en su consecuencia, conculca los principios que han de regir la contratación pública, por lo que debe ser estimado el recurso.

Esta conclusión no se desvirtúa en el expediente en el que se sustancia el procedimiento de contratación, ni en el informe al recurso. En este último, se motiva la exigencia —coherente, se afirma, con el artículo 9 del PPT transcrito en el antecedente segundo de este Acuerdo— en la dispersión de los Centros donde va a prestarse el servicio de limpieza, *«que precisa de un control centralizado y que exige un seguimiento constante, sobretodo el primer año, permite la agilidad en las comunicaciones y la inmediatez de la respuesta…»*. Se argumenta,

además, que nada impide que el local o dependencia donde se acopian los productos de limpieza etc. sirva como sede o delegación a los efectos de los pliegos.

Pues bien, por una parte no puede asimilarse la exigencia de un local o almacén donde acopiar los productos (acorde y proporcional al objeto del contrato) con la exigencia de domicilio social, o delegación en la localidad. Y, por otra, en un mundo intercomunicado como el actual, y en un contrato en que la prestación se realiza por los trabajadores en los centros de trabajo, a juicio de este Tribunal, no resulta imprescindible que el adjudicatario disponga de domicilio o delegación en Calatayud, para la correcta prestación del servicio.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial interpuesto por D. Jacobo Luis Camacho Rivas, en nombre y representación, de EULEN, S.A. frente al procedimiento de licitación denominado «Servicio de limpieza de Colegios públicos de Educación Infantil y Primaria de Calatayud», convocado por el Ayuntamiento de Calatayud. Declarar la invalidez de

las cláusulas afectadas, ordenando la retroacción de las actuaciones y la elaboración de los Pliegos adaptados a las consideraciones contenidas en los fundamentos de Derecho de este Acuerdo.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Calatayud deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.