

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 9 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Comercial Distribuidora Burgalesa S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas que regirá la adjudicación del contrato de “Servicios postales para el Ayuntamiento de Aranjuez” publicado el 6 de agosto de 2021 número de expediente CON 01/2021SE AB este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Aranjuez, alojado en la PCSP el día 6 de agosto de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 800.003,49 euros y su plazo de duración será de dos años con posible prórroga por otro año más.

Segundo.- El 26 de agosto de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Comercial Distribuidora Burgalesa en el que solicita la anulación de los pliegos de condiciones en base al establecimiento de cláusulas de arraigo territorial y a la prohibición de subcontratar.

Tercero.- El 7 de septiembre de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP).

Cuarto.- Solicitada la suspensión del procedimiento por la recurrente con oposición del órgano de contratación, no ha lugar a su consideración por proceder a resolver directamente el recurso planteado.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el PCAP fue puesto a disposición de los interesados el día 6 de agosto de 2021 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 26 de agosto de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que regirán la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se fundamenta en dos motivos de impugnación del PCAP, por un lado el arraigo territorial que establecido como criterio de adjudicación y en segundo lugar la prohibición de subcontratar.

5.1 Arraigo territorial en uno de los criterios de adjudicación.

Alega la recurrente la vulneración de los artículos 131 y 132 de la LCSP al incluir la cláusula 2.4 del PCAP criterios de valoración basados en el arraigo territorial.

Invoca varias Resoluciones de distintos Tribunales Especiales de Contratación en los que se mantiene el criterio de no admisión del arraigo territorial ni como requisito previo para la licitación ni como criterio de adjudicación.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que: *“En el presente procedimiento de licitación, no se menciona ni se incorpora como criterio de valoración el ámbito territorial, Aranjuez, ni se está limitando la participación de la licitación ni tampoco beneficiando al licitador que más oficinas de atención al público disponga. Los pliegos se refieren al “mayor número de oficinas”, ni se menciona ámbito territorial ni número determinado de oficinas.*

(...) Como se ha expuesto anteriormente, no aparece en ningún apartado de los pliegos la exigencia de un determinado ámbito, en el caso que nos ocupa, Aranjuez, ni siquiera en la Comunidad de Madrid.

Los servicios a contratar y los requisitos de participación y criterios de adjudicación se han redactado atendiendo a la finalidad de garantizar el mejor servicio al Ayuntamiento, y por ende, a los ciudadanos, y siempre dentro del marco normativo dado por la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal”.

Llegados a este punto interesa conocer el contenido del apartado 2.4 del PCAP que establece:

2. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

5. RED DE OFICINAS DE ATENCIÓN AL PÚBLICO PARA LA ENTREGA DE ENVÍOS.

Se le asignará la máxima puntuación al mayor número de oficinas de atención al público para la entrega de envíos. Al resto de licitadores, se le asignará su puntuación de forma proporcional en virtud de la siguiente fórmula:

Puntuación = 15* (nº de oficinas de la oferta objeto de valoración/ nº de oficinas más alto ofertado)

Justificación: Con este criterio se pretende aumentar la eficiencia y calidad del contratista durante la realización del servicio.

15 PUNTOS

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de resolver un recurso formulado por la misma recurrente y básicamente por los mismos motivos. En consecuencia con ello invocamos lo manifestado en la Resolución 113/2021 de 11 de marzo: *“El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha tenido ocasión de pronunciarse en su Resolución 1526/2019 en un supuesto similar al presente:*

“Sobre las cláusulas de arraigo territorial y su carácter excepcional se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, así en la Resolución 621/2018 (recurso 546/2018), de 29 de junio, en la que dijimos:

“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el arraigo territorial en múltiples ocasiones pero nos interesa traer a colación la reciente resolución nº 328/2018 de 6 de abril: “«Y en la Resolución 1103/2015, de 30 de noviembre, se indicó lo siguiente: “En 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, se 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’. En el mismo sentido, 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. En otras ocasiones, 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’. Ocurre que en el presente caso la Administración contratante establece en el PCAP una condición de arraigo territorial (la exigencia de contar con

una oficina permanente abierta en Madrid), que no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP), cuya admisión no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad requeridos en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad. En este sentido, en la ya citada Resolución 101/2013 el Tribunal declaró lo siguiente: ‘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 oportunidad 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, la «Delegación de Zona».

En definitiva, este compromiso de adscripción de medios se configura como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos 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 del principio 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 más ventajosa’ (...)

Pues bien, la doctrina de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea proscriben las cláusulas de arraigo territorial que se apliquen como criterios de solvencia o criterios de valoración de las ofertas. En definitiva, se sanciona que el arraigo territorial coloque a unos licitadores en una posición de ventaja sobre otros, ya sea como criterio de solvencia para concurrir a la licitación, ya sea por colocarles en una posición de ventaja al obtener de salida una mayor puntuación que los licitadores que no encuentren ubicados en el territorio señalado por los Pliegos. Sin embargo, este tipo de cláusulas –a juicio de este Tribunal, y admitido también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– no deben considerarse discriminatorias de forma automática, sino que debe valorarse su vinculación al objeto del contrato.

Expuesta esa doctrina sobre el arraigo territorial como requisito de aptitud o como criterio de valoración de las ofertas, entramos a examinar las alegaciones de la recurrente

(...)

Por tanto, esa obligación no opera en los pliegos como condición de arraigo ya que no se exige a los licitadores tener abierta una oficina en Santander a la fecha de presentar las proposiciones, sino solo al propuesto como adjudicatario si bien en términos de poner disposición una oficina a pie de calle, y efectivamente en funcionamiento solo al adjudicatario, que deberá tenerla abierta al público para la ejecución del servicio. Por tanto, no existiendo condición de arraigo en esa exigencia, el motivo no debe prosperar.

(...)

Cuestión distinta es que esa exigencia de poner a disposición del público para el servicio una oficina por parte del adjudicatario sea proporcional y esté o no justificada

(...)

Sobre este aspecto nos hemos pronunciado en nuestra Resolución 621/2018, de 29 de junio, en la que dijimos: (...) Por lo que respecta a la proporcionalidad, justifica el órgano de contratación la inclusión de la cláusula de referencia en la necesidad de una pronta atención en caso de avería que puede implicar dejar sin suministro eléctrico a unos servicios declarados esenciales.(...) Por ello, se considera que la cláusula es proporcional y está vinculada al objeto al contrato atendiendo al contenido de la exigencia y a la importancia del suministro a satisfacer”.

Es cierto que en cuanto a la justificación de esa exigencia debe explicarse en el expediente o en los pliegos, en particular en el PPT, para apreciar su proporcionalidad y necesidad que excluya toda discriminación, y por ello en nuestra Resolución nº 653/2019 de fecha 13 de junio de 2019 en la que también se aborda el carácter excepcional para la admisibilidad de cláusulas del denominado arraigo territorial, dijimos «Más allá del informe al recurso, no consta en el expediente ninguna explicación que sirva para motivar el establecimiento del criterio relativo a la oficina en

cuestión. Ante tal omisión, no resulta posible conocer en origen las razones que han llevado al órgano de contratación a incorporar la misma al pliego. Tampoco se deduce la necesidad de tal oficina de la lectura y examen del pliego de prescripciones técnicas.

(...)

Por tanto, siendo el objeto del contrato los servicios postales del Ayuntamiento de Santander que se concretan en esencia en envíos urbanos e interurbanos provinciales, a los ciudadanos a sus domicilios, está plenamente justificada la existencia de la puesta en servicio de una oficina a pie de calle para atender a los ciudadanos destinatarios de los envíos fallidos en el territorio de la entidad local contratante. Por tanto, este motivo se desestima en lo que afecta al requisito exigido al propuesto adjudicatario de poner a disposición del servicio una oficina a pie de calle en Santander.”

Como se ha expuesto anteriormente, tanto el TACRC como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideran que estas cláusulas no deben considerarse discriminatorias de forma automática, sino que deben valorarse su vinculación al objeto del contrato.

De esta forma la mayor puntuación por ofertar un mayor número de oficinas repartidas por toda la geografía española no puede considerarse en ningún momento una cláusula de arraigo territorial, al faltar la condición esencial para que se produzca esta figura, cual es la determinación del lugar concreto donde debe estar radicada la empresa o delegación de esta.

Si bien es verdad que el informe de necesidad de la contratación guarda silencio sobre la justificación de este criterio de valoración, es obvio que será mejor oferta aquella que ponga a disposición una mayor red de oficinas distribuidas como considere conveniente. La proporcionalidad de la calificación que alcanza el 15% no parece excesiva en relación al servicio a prestar.

Por todo ello consideramos que el criterio de adjudicación que otorgará 15 puntos al licitador que adscriba un mayor número de oficinas de atención al público a la ejecución del contrato no puede considerarse como de arraigo territorial, desestimando el recurso en base a este motivo.

5.2 Prohibición de subcontratar

Considera el recurrente que: *“el apartado 6.9 del PCAP establece un régimen genérico relativo al régimen jurídico previsto para la subcontratación, su remisión al anexo VIII lo deja vacío de contenido toda vez que en este se hace constar “NO APLICA”, lo cual ya de por sí vulnera el art. 215 LCSP*

Por tanto dicha forma de actuar ya sería prima facie suficiente como para entender que esta cláusula es nula y provoca la nulidad de los pliegos (...) pero adicionalmente contraviene cualquier mínimo rigor jurídico si partimos del mandato del art. 215 LCSP

- a) No causaliza los motivos ni justifica de todas las actuaciones que debe desarrollar en el ámbito del contrato el prestador del servicio cuales estarían limitadas o cuales no del ámbito de la subcontratación*
- b) Ignora cuál es el régimen de concurrencia en este tipo de servicios, donde es muy habitual La colaboración con otros operadores postales autorizados para la realización de determinadas notificaciones en términos municipales o localidades concretas que en ningún caso serán válidas con la limitación establecida”*

Invoca distintas Resoluciones de diversos Tribunales Administrativos de Contratación que vienen a refutar su posición.

Por su parte el órgano de contratación alega que: *“Como bien se indica en este artículo 215 de la LCSP, podrá haber subcontratación en el supuesto que venga dispuesto en los pliegos, siendo una potestad, no obligación por parte de las*

Administraciones Públicas de incluir en los pliegos la realización parcial del objeto del contrato por terceros concertados por el contratista”.

Alega que consta en el expediente de contratación del procedimiento de licitación referenciado Memoria Justificativa de fecha 23 de julio de 2021, donde se justifica la no subcontratación en la ejecución de la prestación objeto del contrato.

Invoca la Resolución nº 734/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que establece: *“Este Tribunal se ha venido pronunciando en el mismo sentido tal como se indica en la resolución nº 734/2020, en relación a la doctrina ya fijada por el mismo Tribunal Resoluciones nº 248/2018, de 16 de marzo y nº 1030/2017, de 3 de noviembre. En dicha resolución se indica lo siguiente:*

“Sobre la cuestión prohibición de subcontratar este Tribunal ya se ha pronunciado en sus Resoluciones nº 158/2012, de 30 de julio, y nº 520/2013, de 14 de noviembre. Así dijimos en nuestra Resolución nº 520/2013: “En consecuencia, es posible afirmar que la Ley con carácter general admite la posibilidad de subcontratar, pero siempre que la subcontratación no aparezca expresamente vetada en los PCAP (...) o en el contrato o que resulte implícita la prohibición por deducirse de su naturaleza y condiciones que el contrato ha de ser ejecutado directamente por el contratista, (...). Cuestión distinta es que para aquellos casos en los que de la naturaleza y condiciones del contrato se deduzca que el mismo no tenga necesariamente que ser ejecutado directamente por el adjudicatario, resulte aconsejable –que no obligatorio– que se permita la subcontratación”.

Este Tribunal considera que la actual ley de contratos se ha alejado del modelo predecesor en el que la subcontratación estaba limitada y era considerada como la excepción al principio general de que el objeto del contrato ha de ser cumplido por el contratista.

De conformidad con el artículo 215 de la LCSP la regla general es que el contratista pueda subcontratar la realización parcial de la prestación, si bien esta

subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato al contratista siempre y cuando los pliegos lo prevean así, en dos supuestos.

El primero contemplado en la letra d) del artículo 215.2 de la LCSP que permite la subcontratación previa autorización del órgano de contratación.

El segundo supuesto que es el que nos interesa a los efectos de resolver este recurso, el recogido en la letra e) del mismo artículo: *“en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, cuando los órganos de contratación lo establezcan en los pliegos determinadas tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal. Además, la determinación de las tareas críticas deberá de ser objeto de justificación en el expediente de contratación”*.

Por lo tanto de la legislación aplicable la prohibición de subcontratar se reduce a las tareas críticas en la ejecución del contrato que además deben estar plenamente justificadas en el expediente de contratación.

Si acudimos al informe de necesidad de la contratación encontramos que la justificación de esta se reduce al siguiente párrafo:

“QUINTO.- JUSTIFICACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN:

No se prevé subcontratación durante la ejecución de la prestación objeto de contratación”.

Es evidente que la justificación es nula y carente de fundamento no pudiendo por si misma justificar que la ejecución de todos los servicios descritos puedan ser considerados tareas críticas. Es más, el órgano de contratación parece desconocer que determinados servicios, como los telegramas, solo pueden ser prestados por el operador universal, que es la S.E. Correos y Telégrafos de España

Por todo ello este Tribunal considera que el apartado 6.9 del PCAP en relación a la prohibición de subcontratar debe ser anulado por no respetar las disposiciones recogidas en el art. 215 de la LCSP y en consecuencia deben al amparo del artículo 122.1 retrotraer las actuaciones al momento de la publicación del anuncio de esta licitación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Comercial distribuidora burgalesa S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas que regirá la adjudicación del contrato de “Servicios postales para el Ayuntamiento de Aranjuez” publicado el 6 de agosto de 2021 número de expediente CON 01/2021SE AB, anulando el apartado 6.9 del PCAP y retro trayendo las actuaciones a la publicación del anuncio de licitación

Segundo.- 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 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.