

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

En Madrid, a 4 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don R.L.M., en nombre y representación de DOCOUT, S.L., contra los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Servicio de custodia, archivo y gestión de documentación de los órganos judiciales de la Comunidad de Madrid”, número de expediente A/SER-035964/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 4 de noviembre de 2015 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM), el anuncio de la convocatoria de la licitación correspondiente al servicio de custodia, archivo y gestión de documentación de los órganos judiciales de la Comunidad de Madrid, promovido por la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, con un valor estimado de 7.569.804 euros y criterio único precio.

Debe señalarse que la actual convocatoria trae causa del anterior expediente de licitación que, tras sucesivos recursos especiales en materia de contratación anulando las resoluciones de adjudicación, fue declarada desierta por el órgano de contratación mediante Orden de 26 de noviembre de 2014.

Cabe destacar a efectos del contenido del presente recurso, que el punto 5.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) recoge entre las obligaciones esenciales respecto al edificio o edificios: *“5.1.1. Ubicación: el edificio o edificios en el que se custodie y archive la documentación deberá estar ubicado dentro de los límites del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid”.*

Asimismo define las actividades a realizar dentro del objeto del contrato en su cláusula 3, que incluye, entre otras, la *“Custodia y Archivo de documentos”* y la realización de *“Consultas de documentación custodiada y atención a las mismas”*. Dentro del apartado *“Custodia y Archivo de documentos”* especifica que *“Consistirá en el almacenamiento normalizado y custodia de la documentación de los Juzgados y otros órganos de la Administración de Justicia de Madrid en locales, sitos en la Comunidad de Madrid, del adjudicatario, totalmente equipados, con 155.000 metros lineales disponibles a la fecha de firma del contrato, con todos los requisitos, como mínimo, de la legislación vigente sobre locales destinados a archivo”*. En el apartado *“Consultas de documentación custodiada y atención a las mismas”*, se indica: *“En la atención a las consultas de la documentación archivada y custodiada, se deberán contemplar todos los servicios que a continuación se detallan:*

- a) Consultas en las dependencias autorizadas para ello, al contenedor a las 24 horas de la solicitud.*
- b) Consultas al documento a las 24 horas de la solicitud.*
- c) Solicitud de documentación enviada por fax, o correo electrónico.*
- d) Consultas telefónicas.*
- e) Consultas en los locales del adjudicatario.*
- f) Consultas a través de acceso a las bases de datos de punto a punto o vía Internet.*
- g) Control de las devoluciones de consultas por su cotejo en el centro de custodia, efectuadas por las consultas, bajas o cualquier otro movimiento que se pudiera producir respecto a la documentación custodiada por el adjudicatario (listado mensual pormenorizado por Órganos Judiciales a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de la Consejería de Presidencia y Justicia de la Comunidad de Madrid).”*

Por último dentro de las obligaciones esenciales del contrato se indica en el punto 5.2 del PPT que *“Se garantizará en todo caso por la adjudicataria la entrega del documento objeto de consulta en un plazo máximo de 24 horas. Se garantizará la posibilidad de realizar consultas urgentes “in situ” (sin transporte) en un plazo máximo de 1 hora. Asimismo, se garantizará la posibilidad de realizar entregas de documentos digitalizados por correo electrónico o por fax”.*

Por su parte el punto 5 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), adicionalmente a la solvencia exigida, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 64.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), señala que los licitadores deberán presentar, en el sobre nº 1 de documentación administrativa, determinados documentos acreditativos del cumplimiento del compromiso de adscripción de medios, que se concretan en la superficie de almacenamiento y características de las estanterías a utilizar, especificando respecto a la superficie de los almacenes y ampliaciones del espacio, que se deberá presentar escritura de propiedad inscrita en el Registro en la que conste su superficie o, en su defecto, contrato de arrendamiento que especifique este extremo.

Debe también dejarse constancia de las dos condiciones esenciales de ejecución establecidas en los pliegos y que son objeto del presente recurso, de un lado la de que los licitadores cuenten en el momento de la adjudicación del contrato con espacio vacío disponible de 155.000 metros lineales y que las estanterías de almacenamiento, incluyendo las bandejas en que se apoyan los contenedores cumplan las normas NBE-EA-95 y carezcan de elemento alguno de madera, plástico o cualquier otro material altamente inflamable, tal y como se exige en los apartados 3.1 del PPT y 1.5 del PCAP.

Segundo.- El 18 de noviembre de 2015, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 TRLCSP, la recurrente presentó recurso especial en materia de contratación, ante este Tribunal, que ese mismo día requirió al órgano de

contratación para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, que finalmente fueron remitidos el 24 de noviembre.

Solicita la recurrente, después de realizar una serie de consideraciones generales sobre la licitación de este contrato, la nulidad de los pliegos, en concreto los apartados 3.1 y 5.1.1 del PPT, en cuanto al requisito de disponer de un local o locales para custodiar los fondos documentales que se ubiquen en la Comunidad de Madrid, y los apartados 3.1 del PPT y 5 de la cláusula 1 del PCAP en cuanto imponen las condiciones esenciales de ejecución de que los licitadores cuenten en el momento de la adjudicación del contrato con espacio vacío disponible de 155.000 metros lineales y que las estanterías de almacenamiento, incluyendo las bandejas en que se apoyan los contenedores cumplan las normas NBE-EA-95 y carezcan de elemento alguno de madera plástico o cualquier otro material altamente inflamable. Aduce para ello que *“los pliegos del Contrato resultan discriminatorios en beneficio de una empresa determinada, que es la que actualmente está prestando los servicios objeto del Contrato, y que por ello infringen varios de los principios esenciales de la contratación pública: igualdad y no discriminación entre licitadores, libertad de acceso a las licitaciones, competencia y concurrencia”*.

Asimismo, considera que se vulneran los principios de igualdad y concurrencia con la eliminación de la exigencia de distancia mínima con respecto a las instalaciones colindantes, que es precisamente el requisito que incumplía la anterior adjudicataria.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, solicita que se desestime el recurso, planteando que la recurrente ha presentado oferta a la presente licitación lo que parece en principio contradecir lo dispuesto por el propio TRLCSP, pues la presentación de oferta supone la aceptación incondicional de los Pliegos y explicando que la tardanza en la convocatoria de la nueva licitación tras haberse declarado desierta la primera obedece *“a las distintas incidencias organizativas que han tenido lugar en*

los diferentes Órganos que componen esta Administración. No podemos obviar la existencia durante este periodo de unas elecciones a la Comunidad de Madrid”.

Entrando en las cuestiones de fondo invocadas por la recurrente como motivos para estimar el recurso, considera que la obligación de que las instalaciones de almacenamiento estén ubicadas en la Comunidad de Madrid no supone, en ningún caso, que la empresa deba tener su sede social en el territorio de la misma, justificando asimismo la necesidad de la medida. Junto con dicho informe, se remite el de la Dirección General de Justicia, de fecha 19 de noviembre de 2015, sobre las cuestiones técnicas que afirma que la concentración, por un lado, en el municipio de Madrid y la dispersión, por otro, con respecto a la periferia de la capital, de los órganos judiciales, exige del licitador su disponibilidad para una gestión de respuesta rápida con respecto a unas distancias que difícilmente podría garantizarse más allá del territorio de la Comunidad de Madrid.

Añade que *“al incluirse la posibilidad de consultas urgentes in situ en las instalaciones del adjudicatario sin transporte, -apartado 5.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas-, de haberse permitido una ubicación fuera de los límites autonómicos, esto hubiera supuesto la asunción del desplazamiento -incluso dieta, en función de la distancia con la ubicación de las instalaciones del adjudicatario- del funcionario correspondiente para realizar esta gestión, con las connotaciones que ello conlleva en cuanto a la aplicación de la normativa en materia de función pública, así como unos costes adicionales al propio objeto del contrato que no estimamos deba soportar esta Administración Pública”*, para concluir que también desde el punto de vista competencial y de aplicación normativa, parece oportuno que coincida el territorio en que se va a prestar el contrato con el de la Administración competente en relación con el objeto del mismo. Explica asimismo que en la anterior licitación sí se exigía y limitaba, dentro del ámbito territorial madrileño, que las instalaciones se encontraran a una distancia máxima de 50 kilómetros del kilómetro cero de Madrid capital, lo que en el actual contrato se ha eliminado para evitar así cualquier condición que pudiera suponer una cierta limitación a la concurrencia en la licitación de este servicio.

En cuanto a la capacidad de almacenamiento aduce que *“No se trata de exigir algo que sólo se cumpla por parte del adjudicatario actual, sino de asegurar que las empresas licitadoras tengan la suficiente solidez en sus instalaciones para soportar un trasvase tan voluminoso como los 387.000 contenedores iniciales de los que se tienen que hacer cargo en el momento en que comience la ejecución de este contrato.”*

Asimismo, señala que la exigencia de estanterías metálicas se basa en la puesta a disposición de este archivo y custodia de un material que evite cualquier riesgo con respecto al material custodiado.

En cuanto a la eliminación de la exigencia de distancia mínima con respecto a las instalaciones colindantes, afirma que se ha producido como consecuencia de la voluntad de no incluir prescripciones más allá de lo que exige la normativa actualmente vigente en la materia de seguridad de estas instalaciones, y precisamente por esa preocupación, de evitar cualquier cláusula que pudiera suponer un freno a la libre competencia.

Tercero.- Con fecha 25 de noviembre por la Secretaría del Tribunal se ha dado trámite de audiencia al resto de interesados en el procedimiento, habiéndose presentado escrito de alegaciones por la empresa RECALL con fecha 1 de diciembre de las que se dará cuenta al tratar las cuestiones de fondo hechas valer en el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de DOCOUT, S.L. para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos*

e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP) pues se trata de un potencial licitador.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de servicios, cuyo valor estimado asciende a 7.569.804,00 euros, con código CPV: 79560000-7, encuadrable en la categoría 27 del anexo II del TRLCSP, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el anuncio de la convocatoria se publicó el 4 de noviembre de 2015, indicándose en el mismo que los pliegos estaban a disposición de los interesados desde el mismo día, mediante su publicación en el Portal de contratación de la Comunidad de Madrid. Por otro lado, el recurso remitido por correo ordinario tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 18 de noviembre de 2015; por lo tanto, el recurso se interpuso dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Son varias las cuestiones hechas valer por la recurrente para fundamentar su pretensión de nulidad de los pliegos y por ende del procedimiento de licitación.

1. La primera de las cuestiones se refiere al establecimiento de la exigencia de que la adjudicataria preste el servicio objeto del contrato en una nave de almacenamiento ubicada en la Comunidad de Madrid, lo que considera como establecimiento de una cláusula de arraigo contraria al principio de igualdad.

Con carácter previo debe señalarse que no puede identificarse la exigencia de que las instalaciones de almacenamiento deban estar en la Comunidad de Madrid, mediante el establecimiento, como obligación esencial exigible al adjudicatario, en materialización del compromiso de adscripción de medios, con la necesidad de que la sede o el domicilio social de la empresa se encuentre en la Comunidad de Madrid.

Corresponde al órgano de contratación definir sus necesidades y los medios para satisfacerlas en los términos del artículo 22 del TRLCSP, por supuesto con los límites del respeto de los principios generales de la contratación del sector público recogidos en el artículo 1 del TRLCSP, lo que permitiría en principio, sin perjuicio del ulterior examen de su acomodo a los principios indicados, que se exigiera la disponibilidad de un espacio de almacenamiento en determinada ubicación o a cierta distancia, sin que el mismo constituya la sede de la empresa o su domicilio, que podría ser puesto a disposición no solo como propietaria del mismo, sino mediante cualquier otro sistema o figura jurídica que permita su disponibilidad efectiva.

A este respecto, contamos a efectos interpretativos con lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que tal como indica en el apartado 2 de su artículo 3, prohíbe cualquier actuación administrativa que tenga como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico. Este precepto se concreta en su artículo 18 que considera actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, el establecimiento de requisitos en la licitación pública 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 el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio”*. Así no solo se considera contraria a derecho la exigencia de que el domicilio social o establecimiento se encuentre en una determinada zona geográfica sino también la exigencia de que disponga de un establecimiento físico en su territorio.

Sin embargo *a priori* no puede afirmarse con carácter general que la exigencia de tener un establecimiento físico en determinada ubicación constituya una restricción a la libre competencia, sino que habrá que examinarla al caso concreto.

Descendiendo un paso más en el análisis de la exigencia, cabe señalar que el parámetro de legalidad de la medida es la justificación de su necesidad en relación con el objeto del contrato. En este sentido, puede traerse a colación la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2015,

Grupo Hospitalario Quirón, S.A. contra el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco e Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad, Asunto C-552/13, *“Pues bien, la exigencia de que un centro de ese tipo deba estar situado imperativamente en un término municipal concreto que debe ser el lugar de prestación exclusivo de los servicios médicos de que se trata, prevista en las cláusulas administrativas particulares y las especificaciones técnicas de los contratos nº 21/2011 y 50/2011, constituye, habida cuenta de la situación geográfica del asunto principal, una obligación de ejecución territorial que no sirve para alcanzar el objetivo enunciado en el apartado anterior de la presente sentencia, a saber, garantizar la proximidad y la accesibilidad del centro hospitalario privado de apoyo, en interés de los pacientes, de sus allegados y del personal médico que ha de desplazarse hacia dicho centro, garantizando al mismo tiempo un acceso igual y no discriminatorio a esos contratos de todos los licitadores.”*

En el caso que ahora nos ocupa, no consta en el expediente justificación de la exigencia, si bien en fase de recurso, el órgano de contratación ha expuesto en su informe las razones que la sustentan a su juicio, como son la necesidad de que las consultas ordinarias se realicen con la máxima rapidez posible y el establecimiento de un supuesto de consulta extraordinario en una hora en el lugar de custodia de la documentación, que en el caso de no establecerse la restricción de ubicación en el ámbito de la Comunidad de Madrid, podría incluso dar lugar al abono de dietas.

Asimismo afirma la posibilidad de que pudieran *“establecerse requisitos en la materia que nos ocupa (archivo, custodia e, incluso, exigencias en materia de seguridad o en instalaciones empresariales) que fueran únicamente de ámbito autonómico y que difícilmente podrían aplicarse o exigirse cuando la instalación y la documentación judicial se encuentran en otro territorio sobre el que no es posible una actuación fruto de dicha competencia.”*

Las prestaciones objeto del contrato a que se refiere el presente recurso, se refieren al traspaso de la documentación de los Archivos Judiciales de Gestión existentes en los distintos Juzgados y Tribunales en la Comunidad de Madrid al Archivo Judicial Territorial y la gestión de este último, en los términos del artículo 4

del Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de Modernización de Archivos Judiciales. En el caso de los Archivos Judiciales Territoriales, el artículo 8 del Real Decreto señala que *“En cada comunidad autónoma existirá como mínimo uno dependiente del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, quien podrá delegar la competencia en el Presidente de la Audiencia Provincial o Juez Decano del partido judicial donde radique. 2. En los distintos Archivos Judiciales Territoriales se ordenará la documentación remitida por los responsables de los Archivos Judiciales de Gestión comprendidos en su ámbito, de tal modo que permita su rápida identificación y recuperación, debiendo permanecer en aquéllos hasta que la Junta de Expurgo resuelva su posterior destino”*.

Por lo tanto, el requisito de la rapidez en la recuperación de la información y la inmediatez, según los casos en la consulta de los expedientes, se encuentra justificada legamente, si bien hay que advertir que la posibilidad de consulta in situ en el plazo de 24 horas no ha sido puesta en entredicho por la recurrente. A ello cabe sumar que, de acuerdo con los datos obrantes en el expediente administrativo, el número de consultas anuales asciende a 72.000. Como consecuencia de todo lo anterior, resulta razonable, a juicio de este Tribunal, que en los pliegos se contemplen los mecanismos precisos para lograr la rapidez y eficacia precisa en la consulta y acceso a los expedientes, que deberán definirse en los términos adecuados a la finalidad perseguida y expuesta por el órgano de contratación.

De acuerdo con estos parámetros, el establecimiento de una obligación referenciada al ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid, no se revela como adecuado para cumplir la finalidad perseguida, por cuanto la rapidez en el acceso vendrá determinada, en su caso, por la distancia y comunicación de las instalaciones respecto del lugar en que se encuentre el solicitante de acceso, lo que no tiene por qué coincidir necesariamente con el ámbito de la Comunidad de Madrid, existiendo polígonos industriales en las Comunidades limítrofes a la Comunidad de Madrid (donde es más probable la existencia de naves de las características exigidas), a similar distancia de Madrid capital que la actual ubicación en Alcalá de Henares, a unos 35 km, como es el caso de Illescas que se encuentra a unos 39 km.

Debe señalarse respecto de las afirmaciones realizadas por RECALL sobre el anterior concurso, que precisamente si ello se encuentra justificado, este Tribunal no encuentra obstáculo alguno en la posibilidad de que el órgano de contratación establezca en los pliegos un límite en la distancia a que deben encontrarse las instalaciones, siendo distinto al implicar un doble límite (el de la distancia y el de la ubicación geográfica de las naves) el caso que ahora nos ocupa y que como acabamos de señalar, no se considera adecuado para conseguir el fin propuesto. Es claro que las instalaciones en Cuenca de Docout, que trae a colación la alegante, se encuentran a una distancia que no permitiría atender al requisito de celeridad, pero no lo es menos que la recurrente no pretende que se suprima el requisito sin más, planteando que se sustituya por un requisito que tenga en cuenta únicamente la distancia y no la ubicación geográfica de las naves.

Por otro lado, este Tribunal no encuentra ningún obstáculo desde el punto de vista competencial para que los almacenes de documentación se ubiquen en el territorio de otra Comunidad autónoma puesto que, amén de no haberse invocado situaciones concretas en que la competencia o la ejecución del contrato pudieran verse afectadas, lo cierto es que deben distinguirse las obligaciones normativas de las contractuales y estas últimas, mientras no conculcaran la legalidad vigente, son exigibles cualquiera que sea el territorio sobre el que se ejecuta la prestación.

Debe, por tanto, estimarse el recurso por este motivo.

2. Aduce en segundo lugar la recurrente, que las exigencias en cuanto a la capacidad de almacenamiento son discriminatorias y benefician claramente a la actual adjudicataria del contrato, en tanto dicha exigencia implica tener totalmente equipada una nave para asumir los 155.000 metros lineales de almacenamiento, al menos de los contenedores iniciales, esto es de los que ya están en custodia de la actual prestadora del servicio, puesto que habida cuenta del volumen de documentación (387.500 contenedores de unos 0,4 metros cada uno, cabiendo unos 750 por camión), no puede justificarse la necesidad de la exigencia puesto que en el mejor de los casos el traslado necesitaría unos 7, 8 meses.

Como más arriba hemos recogido, el órgano de contratación señala que se trata de asegurar que las empresas licitadoras tengan la suficiente solidez en sus instalaciones para soportar un trasvase tan voluminoso, como los 387.000 contenedores iniciales de los que se tienen que hacer cargo en el momento en que comience la ejecución de este contrato.

Por su parte RECALL aduce que *“sería conforme con la previsión del artículo 64 TRLCSP tanto la exigencia de que los requisitos técnicos estuvieran cumplidos en el momento de la presentación de ofertas, como en el de la adjudicación/firma del contrato o incluso en un momento posterior. Si DOCOUT no está de acuerdo con esto, tendría que buscar una vía para tratar de impugnar el propio artículo 64 TRLCSP y no parece que tenga legitimación activa para poder acudir al Tribunal Constitucional (el único competente a tal fin)”*. En cuanto al cálculo concreto del tiempo para hacer efectiva la obligación, señala que *“el ritmo de traslado de contenedores podría ser de, al menos (más con el sistema de descarga por turnos), 29.484 metros lineales por mes: 3x900x0, 42x26. Así pues, trabajando a buen ritmo y con profesionalidad, podría completarse ese trabajo en unos 5,25 máx. 6 meses”*, si bien entiende que ello no implica que no sea preciso cumplir la exigencia en el momento de la firma del contrato puesto que la construcción y montaje de las estanterías requiere al menos unos 2-2,5 meses, para cada operación y, además, debido a la profunda reconfiguración de las naves en que se instalasen nada menos que 155.000 metros lineales de dichas estanterías, sin duda una nueva licencia de actividad, cuyo otorgamiento requeriría al menos otros 3 meses. Completa sus alegaciones con cuestiones atinentes a la seguridad de los trabajadores y confidencialidad de la documentación en el periodo de montaje.

No puede examinarse esta cuestión haciendo abstracción de los antecedentes de la actual licitación, dado que también las partes en aquel procedimiento han traído al presente recurso las cuestiones suscitadas en torno a la misma. En concreto, la disponibilidad efectiva de la capacidad de almacenamiento (entonces de 100.000 metros lineales) fue el centro del debate correspondiente al recurso que se estimó mediante la Resolución 108/2014, anulando la adjudicación efectuada a favor de la ahora recurrente, sobre la base de que al ser los pliegos la

ley del contrato y no haber sido recurridos por la adjudicataria la misma debía estar en condiciones de cumplir sus exigencias. Sin embargo en el presente caso, se plantea la cuestión del momento en que debe acreditarse la efectiva disponibilidad en los propios pliegos, que exigen un espacio de almacenamiento como más arriba se ha recogido de *“155.000 metros lineales disponibles a la fecha de firma del contrato”*.

La capacidad de almacenamiento es un requisito exigible al adjudicatario, tal y como se indicó en la Resolución 125/2013, de 11 septiembre, y que debe poder acreditar en el plazo de 10 días (susceptible de ampliación de acuerdo con la LRJ-PAC) como ya dijimos también en nuestra Resolución 1/2014, de 9 de enero, procediendo tener a la adjudicataria por decaída en su derecho en el caso de que no cumpla o no acredite convenientemente el cumplimiento de las exigencias de los pliegos en el indicado plazo. No es potestativo para el órgano de contratación exigir el cumplimiento en la presentación de ofertas o a la firma del contrato como insiste RECALL, tal y como ya se indicó en las Resoluciones mencionadas, siendo alusivo el uso potestativo de la expresión “podrá”, no al momento, sino al hecho de la exigencia en sí.

La exigencia controvertida constituye un supuesto de compromiso aportación de medios a que se refiere el artículo 64 del TRLCSP, cuya acreditación final corresponde al adjudicatario, que debe reunir las mismas características de proporcionalidad y relación con el objeto del contrato exigibles a otros requisitos relativos a la solvencia, así como guardar las mismas prevenciones que el artículo 117.2 establece respecto de las prescripciones técnicas, ya que al fin y al cabo se trata de los requisitos técnicos para la prestación del servicio objeto del contrato, teniendo en este punto un origen o naturaleza híbrida. De manera que además de proporcionales y relacionadas con el objeto del contrato, deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia. Asimismo cabe contemplar para dilucidar la cuestión, lo dispuesto en el artículo 32. d) del TRLCSP cuando atribuye la sanción de nulidad respecto de *“Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano*

de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”.

De nuevo nos encontramos con que siendo posible, a priori, al órgano de contratación definir sus necesidades y la forma de hacerlas efectivas, tal y como dispone el artículo 22 del TRLCSP, ello encuentra su límite en la justificación de la exigencia. No cabe duda de que desde el inicio de la ejecución del contrato surge para el adjudicatario la obligación de asumir la custodia no solo de la documentación que se vaya generando, sino también de la que ya se custodia en los almacenes de RECALL, S.A. lo que obliga a la Administración a establecer mecanismos para garantizar que la custodia está garantizada desde el primer momento. Pero no lo es menos que, como aduce la recurrente y reconoce la actual adjudicataria en trámite de alegaciones, se trata de una operación que no puede verificarse de forma inmediata, sino que en la más favorable de las estimaciones llevaría un tiempo de unos 6 meses.

De esta forma, no puede justificarse a priori la necesidad del cumplimiento inmediato (10 días desde la firma del contrato más eventuales prórrogas) de esta exigencia, que como afirma la recurrente, implicaría un desembolso económico y unas actuaciones incluso previas a la adjudicación del contrato, dadas las dimensiones de almacenamiento exigidas. A ello cabe añadir que esta medida constituye una ventaja para la actual adjudicataria, que obviamente sí dispone de las instalaciones totalmente equipadas y de las dimensiones indicadas, cuyo coste se incluye en la prestación actual del contrato.

Ahora bien, tampoco cabe dejar al albur de la adjudicataria la administración de los tiempos de recepción de la documentación en función de la disponibilidad del espacio, así como tampoco debe aceptarse poner en peligro la viabilidad de la ejecución del contrato, teniendo en cuenta, como señala RECALL en su escrito, que la operación de adquisición y rediseño de las instalaciones receptoras de la documentación también llevaría su tiempo. Es cierto, respecto de esta última cuestión, que la recurrente señala que el incumplimiento de la condición en la anterior licitación *“obedecía a que, teniendo en cuenta el largo tiempo transcurrido*

entre la convocatoria de la licitación del Contrato Anterior y el momento de la adjudicación del mismo a DOCOUT, esta sociedad había ido ocupando su espacio libre con la documentación facilitada por otros clientes, lo cual es lógico, ya que habían pasado dos años desde la convocatoria de la licitación”, de lo que resulta que la adquisición de nuevas estanterías o la ampliación del espacio no es la única solución posible, cabiendo asimismo la reubicación de la documentación custodiada.

Debe hallarse por tanto el equilibrio entre la necesidad de garantizar la ejecución del objeto del contrato con las medidas previstas en los pliegos al respecto, de manera que considerando este Tribunal que el requisito excede por inadecuación de su motivación de lo exigible a los licitadores, y que además adolece de causa de nulidad al suponer una ventaja para el adjudicatario actual del contrato, debe anularse la cláusula 3 del PPT en cuanto, a la obligación de disponer de 155.000 metros lineales de almacenamiento totalmente equipados, a la fecha de firma del contrato. Ello no implica que la Administración no pueda establecer algún otro tipo de medida para garantizar la prestación del servicio, algo más proporcionada y que no suponga una ventaja para la adjudicataria del contrato. No correspondiendo a este Tribunal señalar en qué puede consistir tal medida.

3. Otra de las exigencias controvertidas es la del material de que deben estar confeccionadas las estanterías de almacenamiento y que también, como en el caso anterior, trae causa del anterior contrato. Efectivamente, en el pliego rector de la anterior licitación se exigía que el almacenamiento de documentación se realizara en estanterías metálicas que cumplieran la norma NBE-EA-95, “*Estructuras de Acero en edificación*” y carecieran de soporte alguno de madera, habiendo considerado el órgano de contratación que la ahora recurrente incumplía esta condición, al presentar estanterías de paletización, proponiendo el almacenaje en palés de plástico ignífugo o aluminio, excluyéndola de la licitación en consecuencia. Frente a dicha exclusión, se interpuso recurso estimado mediante Resolución 1/2014 de 9 de enero, al entender que el término estanterías metálicas es omnicomprendivo de las estanterías tanto de paletización, como de las integrales, siempre que cumplan con la norma NBE-EA-95 (o el CTE que actualmente la sustituye) y no cuenten con partes de madera.

En el pliego actual se ha aclarado la cuestión del tipo de estanterías a exigir, señalando el PPT que las estanterías de almacenamiento, incluyendo las bandejas en que se apoyan los contenedores, cumplan las normas NBE-EA-95 y carezcan de elemento alguno de madera, plástico o cualquier otro material altamente inflamable. De esta forma, queda claro que no resultan vedadas las estanterías de paletización y que las mismas no pueden ser de materiales altamente inflamables, entre los que se considera la madera o el plástico.

Aduce la recurrente que este requisito supone, en la práctica, que sólo puedan presentar ofertas aquellas empresas que empleen elementos sólo metálicos en los procesos de custodia y gestión documental, siendo esta la técnica utilizada por la actual adjudicataria del servicio en la actualidad; existen en el mercado un buen número de elementos de madera y de plástico que resultan ser exactamente igual de ignífugos que los elementos metálicos, aportando, para acreditar esta circunstancia, la ficha técnica de unos palés de plástico ignífugo.

Por su parte, la actual adjudicataria del contrato después de traer a colación dos informes sobre las estanterías integrales o de paletización que afirman el riesgo de desplome de estas últimas, alega que *“la madera no es material ignífugo, pero tampoco los son los palés de plástico (igualmente sugeridos por DOCOUT en el Recurso). En otro caso existiría riesgo de incendio y, en ese caso, de derrumbamiento de todas las estanterías como ya apuntó el arquitecto en el informe mencionado en el epígrafe anterior. Para que dichos palés pudieran ser utilizados con ciertas garantías sería necesario proceder a un procedimiento para hacer ignífugos los contenedores de plástico, lo que tendría un coste aproximado de 700.000 euros. Además, al tratarse de un proceso que lleva tiempo, para poder ejecutar el Contrato, debería haberse realizado con mucha antelación”*.

Esta exigencia tiene la misma naturaleza que la anterior y, por lo tanto, de nuevo cabe aplicar para el examen de su legalidad los parámetros del artículo 62.2 y 117 del TRLCSP. En concreto, este último dirige la definición de las prescripciones

(en este caso exigencias) técnicas, a términos de rendimiento o de exigencias funcionales.

Este Tribunal, a la vista de la justificación efectuada por el órgano de contratación, considera que no existe obstáculo alguno para que las estanterías que se exijan no incorporen palés, sino que se trate de estanterías integrales, con el objeto de evitar el efecto de desplome de las mismas en el caso de incendio.

Cuestión distinta es la de la posible presencia de otros materiales en las mismas. Es obvio que la exigencia del carácter ignífugo de las estanterías está plenamente justificada, pero no lo es menos que la exigencia de que carezcan de cualquier elemento de metal o madera, no responde a dicha justificación, en la medida en que dichos elementos no metálicos tuvieran la misma consideración de ignífugos que los metálicos. Es más, en la aplicación del pliego no cabría descartar una interpretación funcional de la exigencia, puesto que la cláusula controvertida excluye cualquier material altamente inflamable, de manera que debería admitir, a sensu contrario, cualquier material que acreditara su carácter ignífugo o no inflamable. Por lo tanto, la mención de los materiales de que deben estar hechos los elementos de las estanterías no es ajustada a derecho.

De esta forma, a juicio de este Tribunal, puede mantenerse la exigencia de que las estanterías sean integrales y que carezcan de cualquier elemento ignífugo, debiendo permitir la presentación de otros materiales que tengan esta condición. En todo caso, dado el carácter estimatorio de los pronunciamientos sobre los anteriores motivos que exigen una nueva redacción de los pliegos, sería conveniente corregir esta cláusula en tal sentido y en su caso, teniendo en consideración cualquier otra exigencia que pudiera definirse en términos de funcionalidad.

4. Por último, debe examinarse si la supresión del requisito de distancia mínima entre el edificio de almacenamiento y los edificios colindantes supone, como aduce la recurrente una vulneración del principio de igualdad, al tener por objeto favorecer a la actual adjudicataria del contrato.

De nuevo nos remontamos a la anterior licitación, en que quedó acreditado que las instalaciones de la empresa RECALL no cumplían el requisito exigido en el antiguo PPT de que las instalaciones estuvieran ubicadas en un lugar aislado, al menos, por un perímetro de 20 metros a otra instalación donde no existan peligros para la documentación a causa del entorno: fuego, agua, robos, vandalismo, etc.

En este caso, el órgano de contratación indica en su informe que *“La revisión y eliminación de esta condición con respecto a la licitación anterior, se ha producido como consecuencia de la voluntad de no incluir prescripciones más allá de lo que exige la normativa actualmente vigente en la materia de seguridad de estas instalaciones y precisamente por esa preocupación de evitar cualquier cláusula que pudiera suponer un freno a la libre competencia”*. Añadiendo *“Es evidente que, tanto la empresa actualmente adjudicataria, como el resto, se han podido ver favorecidas por esta eliminación, sin que ello suponga que la intencionalidad ha sido parcial y sesgada con respecto a una empresa concreta”*.

Por su parte RECALL no indica nada al respecto en su escrito de alegaciones.

Como ya señalábamos en nuestra Resolución 193/2014, de 12 de noviembre, *“la distancia mínima establecida en el PPT, como se indica en el informe pericial de arquitecto colegiado, no responde a ninguna normativa técnica, pero no lo es menos que es una exigencia establecida en el PPT por el órgano de contratación, al que corresponde, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, definir sus necesidades y la forma de hacerlas efectivas, además del resto de prevenciones que considere necesarias para la ejecución de las prestaciones del contrato, sin que en este caso mantenga en su informe, -como intérprete auténtico de las medidas solicitadas-, ninguna interpretación en el sentido que pretende la adjudicataria”*.

De esta forma no siendo obligado por la existencia de una normativa técnica concreta y correspondiendo su exigencia al órgano de contratación, no existe ningún obstáculo e índole legal para que la medida no se conserve en esta licitación.

Desde el punto de vista de la vulneración del derecho de igualdad, si bien puede ser llamativa la supresión de una exigencia que no podía cumplir la actual adjudicataria del contrato, a la vista de la evolución de este contrato, lo cierto es que el mantenimiento de la medida sí que podría ser restrictiva de la libre concurrencia, de no justificarse adecuadamente, sin que podamos olvidar que en esta licitación no hay identidad de licitadores respecto de la anterior, al haberse presentado tres ofertas más. En todo caso al haberse anulado el PPT por otros motivos no es preciso acudir al examen de la posible existencia de un trato de favor, para proceder a realizar una nueva convocatoria, sin que por otro lado este Tribunal pueda imponer en su resolución la obligación de mantener dicha medida, lo que por otro lado no ha sido solicitada por la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 el recurso especial interpuesto por don R.L.M., en nombre y representación de DOCOUT, S.L., contra los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Servicio de custodia, archivo y gestión de documentación de los órganos judiciales de la Comunidad de Madrid”, número de expediente A/SER-035964/2016, anulando las cláusulas 3.1 y 5.1.1 del PPT y 1.5 del PCAP, que deberán ser redactadas de nuevo en los términos de la presente Resolución convocando una nueva 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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.