



Recurso nº 657/2016

Resolución nº 812/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.R.V., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA INTEGRAL, contra los Pliegos que han de regir el contrato de *“Servicios de vigilancia y seguridad y servicios auxiliares en los edificios del Banco de España en Madrid”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fechas 9 de julio y 19 de julio de 2016, se publica en el DOUE y en el perfil del contratante del Banco de España el anuncio para la licitación del contrato de servicios de vigilancia y seguridad y servicios auxiliares en los edificios del Banco de España en Madrid.

Segundo. Con fecha 20 de julio de 2016, se presenta por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA INTEGRAL recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos, solicitando la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Habiéndose dado traslado del recurso a las partes interesadas, se presenta informe por parte del órgano de contratación, y alegaciones por parte de PROSEGUR, SOLUCIONES INTEGRALES DE SEGURIDAD DE ESPAÑA S.L. y por la UTE GARDATAGESA.

Cuarto. Con fecha 8 de agosto de 2016, se acuerda por la Secretaria del Tribunal, por delegación del mismo, la suspensión del procedimiento de contratación, conforme a los



artículos 43 y 46 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con los artículos 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP, toda vez que se trata de un recurso contra un acuerdo de adjudicación del procedimiento para el suministro de vehículos sujeto a regulación armonizada.

El informe del órgano de contratación considera, remitiéndose a las alegaciones que se hicieron valer ante este Tribunal en otros recursos, la falta de competencia para conocer de esta impugnación, por lo que es oportuno recordar los fundamentos de las Resoluciones 245/2016 y 244/2016, de 8 de abril, 223/2016, de 1 de abril, 860/2015, de 25 de septiembre y 582/2015, de 19 de junio. En la primera de estas resoluciones se argumentó que: *“Efectivamente, y en contra de lo postulado en su informe, considera este Tribunal que el Banco de España es una entidad sujeta a la citada norma y cuyos actos dictados en procedimientos de contratación pueden ser susceptibles de este recurso especial, en los supuestos legalmente previstos.*

Así lo hemos tenido ocasión de exponer en Resolución nº 860/2015, de 25 de septiembre, así como en la Resolución 582/2015, de 19 de junio, aludidas ya en la Resolución del previo recurso 153/2016 sobre esta misma licitación. Tal y como razonábamos allí:

“La decisión que en aquél caso tomó el Tribunal fue mantener su competencia al ejercer el Banco de España funciones de organismo regulador en nuestro ordenamiento jurídico. La regulación positiva aplicable al Banco de España y la jurisprudencia del TJUE exige que mantengamos este criterio. Comenzando por la normativa aplicable a la entidad contratante procede citar primeramente la Disposición Adicional Octava de la Ley 6/1997,” de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) que señala lo siguiente: “El Banco de España, así como los Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, en Cajas de Ahorro y en Cooperativas de Crédito se regirán por su legislación específica”. Así pues, a diferencia de lo que ocurre con



otros organismos públicos, entre otros, los mencionados en las disposiciones adicionales novena y décima de la LOFAGE, el Banco de España exclusivamente se rige por su normativa específica sin que esté prevista la aplicación supletoria de la LOFAGE. En particular, y de forma expresa los artículos 1 y 2 de la Ley de Autonomía del Banco de España, Ley 13/1994 de 1 de junio, afirman que el Banco de España no quedará sometido a las disposiciones de la LOFAGE. Por lo que se refiere a su normativa propia, con arreglo al artículo 1 de la Ley 13/1994 el Banco de España es una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. En el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto a la Administración Central del Estado, desempeñando sus funciones con arreglo a lo previsto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico. En cuanto a su régimen jurídico se debe estar a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 13/1994 y por tanto con carácter general el Banco de España queda sometido al ordenamiento jurídico privado. Se exceptúa el caso en el que el Banco de España actúe desempeñando potestades administrativas en cuyo caso resultará aplicable la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Aclara asimismo la Ley 13/1994 en el artículo 1.2 que en todo caso tendrán naturaleza administrativa los actos dictados por el Banco de España en el ejercicio de las funciones contempladas en los artículos 7.6 y 15.4. En tales artículos no se contiene referencia alguna a actuaciones en materia de contratación. En la específica materia de contratación procede acudir a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley 13/1994 en relación con el artículo 27.1 del Reglamento Interno del Banco de España (RIBE) aprobado por Resolución de 28 de marzo de 2009, del Consejo de Gobierno del Banco de España. En primer lugar, el artículo 4.1 de la Ley 13/1994 señala lo siguiente: “1. No serán de aplicación al Banco de España las leyes que regulen el régimen presupuestario, patrimonial y de contratación de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo cuando dispongan expresamente lo contrario”. En análogo sentido se pronuncia el artículo 27.1 del RIBE cuando dispone que “Conforme al artículo 4.1 de la Ley de Autonomía del Banco de España, no le serán de aplicación las leyes que regulen el régimen presupuestario, patrimonial y de contratación de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo cuando dispongan expresamente lo contrario”. El Banco de España se ha dotado a sí mismo de



unas Reglas Públicas de Contratación aprobadas por la Circular Interna 3/2007, de 20 de julio, en las que se establecen unas normas propias sobre contratación de bienes y servicios, declarando expresamente que su actividad contractual está sujeta a los principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia y publicidad. Así, la Circular, según su artículo 1, tiene por objeto regular la actividad contractual del Banco de España al que, según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 13/1994 de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, no le serán de aplicación las leyes que regulen el régimen presupuestario, patrimonial y de contratación de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo cuando dispongan expresamente lo contrario. Por su parte, el artículo 35 de la citada Circular señala que los contratos que celebre el Banco de España de conformidad con la presente Circular lo serán siempre en régimen de derecho privado y se ajustarán a las prescripciones contenidas en ella. Definido el régimen jurídico del Banco de España en este punto, cabe recordar que en nuestra Resolución 582/2015, de 19 de junio manifestamos que si atendemos a la configuración del Banco de España como organismo regulador y supervisor del sistema financiero se hace necesario acudir al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público con el fin de analizar si el Banco de España queda sujeto a dicho texto legal, máxime si se toma en consideración que el Banco Central Europeo aplica a estos efectos las Directivas de contratación a través de su propia normativa. El ejercicio de funciones reguladoras del sistema bancario español por el Banco de España deriva de su normativa reguladora y es reconocida por aquel en su propio informe. La consecuencia de esta atribución legal de funciones conduce, conforme al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a la conclusión de que el Banco de España está sujeto a la citada norma y sus resoluciones pueden ser objeto del presente recurso especial”.

Para llegar a dicha conclusión atendemos a lo dispuesto en los preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, siendo en su artículo 3 donde se establece el ámbito subjetivo, estableciendo que la legislación de contratos del sector público se aplica íntegramente a todas las Administraciones Públicas, quienes tienen la condición de poderes adjudicadores (apartados 2 y 3).



Interesa destacar a los efectos que aquí nos ocupan lo previsto en el apartado 2.d) de dicho precepto, conforme al cual son Administración Pública a los efectos de esta Ley “las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad”.

Por ello, y como concluíamos en la Resolución que venimos citando:

“Dada la naturaleza jurídica del Banco de España en tanto que Administración Independiente con funciones de supervisión y regulación del sistema financiero, es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aunque no se haga mención expresa al Banco de España en la legislación de contratos. Entiende este Tribunal que la mención de los organismos reguladores dentro del precepto citado no admite duda y puede y debe equipararse a la mención que exige la Ley de Autonomía del Banco de España en el inciso “salvo cuando dispongan expresamente lo contrario”. La disposición expresa es la que incluye a todos los organismos públicos que “tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad”, circunstancia que indudablemente concurre en el Banco de España, siquiera sea de modo parcial. El argumento que esgrime el Banco de España en este punto es en exceso formalista y atribuye al legislador una intención diferente de la que se deduce de una interpretación razonable del precepto mencionado. Por tanto, sí que existe a juicio de este Tribunal una mención suficiente en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a los efectos de incluir al Banco de España en su ámbito subjetivo de aplicación.

En cualquier caso, aun admitiendo que no existiese dicha mención expresa, en realidad la misma no parece necesaria en tanto que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público regula la contratación de las Administraciones Públicas en cuyo ámbito se ha de incluir al Banco de España como resulta del artículo 3.2 d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En tercer lugar, hemos de recordar que la jurisprudencia comunitaria ha venido estableciendo un concepto de poder adjudicador basado en una concepción funcional y no formal. Así ocurre desde la Sentencia del Tribunal comunitario dictada en el Caso Gemeente Arnhem-Gemeente Rheden contra BFI Holding BV, de 10 noviembre 1998. Conforme a esta doctrina, son las funciones de la



entidad en cuestión las que determinan principalmente su conceptualización como poder adjudicador y, consecuentemente, su sujeción a las directivas comunitarias en materia de contratación. Este es el mismo criterio que contiene la ley española. Y no puede haber duda que las funciones propias del Banco de España, y no sólo como entidad reguladora del sistema bancario, son funciones que presentan un acusado carácter público. La doctrina comunitaria ha señalado además que incluso en el supuesto de que los servicios prestados con el carácter de funciones públicas sujetas a las Directivas constituyan tan sólo una parte relativamente poco importante de las actividades que realiza la entidad, esta circunstancia carece de relevancia en la medida en que esa entidad atienda a necesidades de interés general. En virtud de reiterada jurisprudencia, en efecto, la condición de organismo de Derecho público (y por extensión la sujeción a la normativa contractual) no depende de la importancia relativa que dentro de total la actividad del organismo de que se trate tenga la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) en el Caso Adolf Truley GmbH contra Bestattung-Wien GmbH. Sentencia de 27 febrero 2003 que cita a su vez las Sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y la ya citada BFI Holding). Resulta evidente la posibilidad de aplicar esta doctrina al caso que nos atañe toda vez que el principal argumento que desde el punto de vista de la naturaleza del Banco de España rechaza su sujeción al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público tiene un carácter de nuevo eminentemente formal y no es congruente con los pronunciamientos del Tribunal comunitario en esta materia”.

Reconociéndose por tanto la sujeción del Banco de España al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación.”

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, apartados 1 c) y 2 a) el recurso se interpone frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación.



Cuarto. La recurrente está legitimada para la interposición del presente recurso, conforme a los artículos 42 del TRLCSP y 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Quinto. Entrando ya en el fondo de la cuestión que se plantea, a la vista del recurso presentado, la parte recurrente impugna las siguientes cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

1. Cláusula Sexta, apartado Quinto letra a), conforme a la cual *“Se entenderá que cuentan con suficiente solvencia económica y financiera para la ejecución del contrato, aquellos solicitantes que hayan alcanzado un volumen global de negocios de, como mínimo, 34.700.251,29 euros en, al menos, uno de los últimos tres ejercicios cerrados.”*
2. Cláusula Sexta, apartado séptimo, letra c), que exige a los licitadores un mínimo de 2000 vigilantes habilitados en toda España, y de 500 en la Comunidad de Madrid.

Asimismo considera que los Pliegos incumplen el artículo 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas porque no indican la nomenclatura del contrato ni la clasificación exigida.

Por último, considera que hay una falta de transparencia en la definición de los criterios de selección, restringiendo con ello la invitación a las mayores empresas.

Sexto. Sobre la cláusula Sexta, apartado Quinto letra a).

Como ya hemos señalado anteriormente, conforme a la citada cláusula, se entenderá acreditada la solvencia económica y financiera siempre y cuando las empresas licitadoras acrediten haber alcanzado un volumen global de negocios de, como mínimo, 34.700.251,29 euros en al menos, uno de los últimos tres ejercicios cerrados.

Entiende la parte actora que la citada cláusula adolece de proporcionalidad porque el valor anual medio del contrato, calculado conforme al artículo 11.4 a) del Reglamento, rondaría



los 4.000.000 millones de euros, exigiéndose sin embargo acreditar un volumen de negocios anual casi nueve veces superior, citando en apoyo de su pretensión, la Resolución 39/2013 de este Tribunal. Considera, en síntesis, que dicha cláusula vulnera el principio de libre concurrencia.

El órgano de contratación considera que la cláusula recurrida es proporcional, conforme al artículo 58.3 de la Directiva 2014/24 de 26 de febrero, que considera de aplicación directa en España una vez transcurrido el plazo para la transposición. Cita, en apoyo de su postura, las Resoluciones de este Tribunal 206/2014 y 233/2016.

PROSEGUR considera que el requisito de solvencia económica y financiera es ajustado a Derecho, porque los límites del artículo 11.4 del Reglamento únicamente operan en defecto criterios concretos de los Pliegos.

Por último, la UTE GARDA-TAGESA considera conforme a Derecho este requisito, sobre la base de que es el órgano de contratación el competente para establecer los requisitos que consideren oportunos a su criterio.

Dispone el artículo 11.4 a) del Real Decreto 1098/2001 que *“Para los contratos no sujetos al requisito de clasificación y no exentos del requisito de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación los licitadores o candidatos que no dispongan de la clasificación que en su caso corresponda al contrato acreditarán su solvencia económica y financiera, técnica y profesional por los siguientes criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación:*

a) El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.

El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario



estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

En los contratos cuyo objeto consista en servicios profesionales, en lugar del volumen anual de negocio, la solvencia económica y financiera se podrá acreditar mediante la disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, vigente hasta el fin del plazo de presentación de ofertas, por importe no inferior al valor estimado del contrato, así como aportar el compromiso de su renovación o prórroga que garantice el mantenimiento de su cobertura durante toda la ejecución del contrato. Este requisito se entenderá cumplido por el licitador o candidato que incluya con su oferta un compromiso vinculante de suscripción, en caso de resultar adjudicatario, del seguro exigido, compromiso que deberá hacer efectivo dentro del plazo de diez días hábiles al que se refiere el apartado 2 del artículo 151 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La acreditación de este requisito se efectuará por medio de certificado expedido por el asegurador, en el que consten los importes y riesgos asegurados y la fecha de vencimiento del seguro, y mediante el documento de compromiso vinculante de suscripción, prórroga o renovación del seguro, en los casos en que proceda.”

De la lectura de este artículo se desprende con toda claridad, tal y como afirman el órgano de contratación en su informe y PROSEGUR en sus alegaciones, que los criterios establecidos en el artículo transcrito -requisitos mínimos, por otro lado- únicamente se aplican en defecto de criterios concretos establecidos en los Pliegos; por tanto, habida cuenta de que en el presente caso sí se establecen criterios específicos para acreditar la solvencia económica y financiera, no resulta de aplicación el artículo 11.4 a) del Reglamento.

Resta por tanto determinar, si el volumen de negocios exigido por los Pliegos puede considerarse proporcionado.



Dispone el artículo 58.3 de la Directiva 2014/24 de 26 de febrero que *“Con respecto a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos que garanticen que los operadores económicos poseen la capacidad económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato. Con este fin, los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan determinado volumen de negocios anual mínimo, y, en concreto, determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato. Además, podrán exigir que los operadores económicos faciliten información sobre sus cuentas anuales que muestre la ratio, por ejemplo, entre activo y pasivo. También podrán exigir un nivel adecuado de seguro de indemnización por riesgos profesionales.*

El volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El poder adjudicador indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 84.”

De acuerdo con el citado precepto, el límite máximo de volumen de negocios que se puede exigir se sitúa, con carácter general, en el doble del valor estimado del contrato con referencia a una anualidad. En el presente caso, el valor estimado del contrato, excluido el IVA es de 28.605.357,69 euros, valor que no es discutido por la recurrente, por lo que la exigencia de un volumen de negocios anual de al menos 34.700.251,29 euros, es ajustada a los límites señalados en el artículo 58.3 de la Directiva, de aplicación directa en España, una vez transcurrido el plazo de transposición. En efecto, la institución del efecto directo preserva la nota de primacía propia del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y garantiza que el efecto útil del Derecho de la Unión Europea, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuado por una eventual inejecución de las Directivas por un Estado miembro, quedando además reforzada la esfera jurídica de los particulares beneficiarios del contenido de la Directiva. Se trata de un criterio ampliamente consolidado en la jurisprudencia del TJUE, tanto con carácter general, como en expresa referencia a las sucesivas Directivas de contratación pública. En síntesis, y sin perjuicio de las especificaciones que se expondrán, el efecto directo implica que si una Directiva no ha sido

transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado.

El efecto directo de una Directiva afecta únicamente a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de sus normas y con el alcance que éstas fijen, porque ése es también el ámbito del deber de transposición incumplido que lo fundamenta. En la Directiva de contratación pública, dicho ámbito está definido, básicamente, en los apartados 1.1 y 1.4 del artículo 2 (definición de poder adjudicador), por lo que se refiere a las entidades que deben aplicar los procedimientos en ella descritos, y en los apartados 1.5 a 1.9 del artículo 2 y el artículo 4 por lo que se refiere a los contratos incluidos, debiendo distinguirse a su vez los contratos íntegramente sujetos a la Directiva y los contratos, como los de servicios sociales y otros servicios específicos, o los contratos subvencionados, a los que solo les afectan algunas normas y principios generales. Por lo tanto, el efecto directo no puede aplicarse a entidades del sector público distintas de los poderes adjudicadores, ni a la adjudicación de contratos no incluidos en la Directiva; en especial, tampoco puede aplicarse a los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos más allá de las disposiciones que hacen referencia expresa a ellos. Todos estos supuestos excluidos del efecto directo seguirán rigiéndose por la legislación nacional vigente.

El incumplimiento del deber de transposición (o la transposición incorrecta) es la base del mecanismo del efecto directo, y parece prácticamente seguro que el supuesto se va a dar en el caso de la Directiva de contratos; no obstante, deben señalarse al respecto dos matices importantes:

a) Aunque no vaya a entrar en vigor antes del final del plazo de transposición una norma que incorpore la nueva Directiva, debe tenerse en cuenta que el TRLCSP satisface ya en gran medida una buena parte del mandato de incorporación de esta última; téngase en cuenta que el TRLCSP transpone la anterior Directiva 2004/18, cuyo contenido es muy similar al de su sucesora en muchos aspectos, y que los aspectos novedosos de la Directiva de contratación pública y de la Directiva de concesiones son, en muchos casos, la

positivización de la jurisprudencia del TJUE dictada con base en la Directiva 2004/18, la cual ya sirve actualmente para matizar e interpretar el TRLCSP.

b) Un supuesto especial de la “pretransposición” de la Directiva de contratación pública en el TRLCSP a la que se refiere la letra anterior incluye opciones legislativas más “exigentes” que las pedidas por la propia Directiva; esto sucede cuando esta última permite una excepción a los principios generales del derecho europeo de la contratación pública (especialmente, excepciones a la necesidad de sujetar la adjudicación de los contratos a procedimientos con publicidad y concurrencia) que el TRLCSP no recoge. Esta opción legislativa de transposición es perfectamente válida, también en el caso de una norma anterior a la Directiva.

Consecuentemente, en estos supuestos, en los que el contenido de la nueva Directiva esté ya incorporado por el TRLCSP no procede la aplicación del efecto directo, sino la del propio TRLCSP. Debe tenerse en cuenta también que el efecto directo solo debe aplicarse cuando no sea posible la interpretación del derecho nacional conforme al efecto útil de la Directiva. La STJUE de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, asunto C-91/92, ya declaró que necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria.

El contenido del precepto de la directiva debe ser claro, preciso e incondicionado. Carecen de este requisito los artículos cuyo contenido puede o no incorporarse en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva apenas delimita o perfila pero no especifica; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores cumplen esta condición. En general, y sin perjuicio de un análisis más detallado, cumplen este requisito, entre otras, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación material y personal de la Directiva y las relativas a los procedimientos aplicables a la adjudicación de los contratos sujetos a ella.

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 58.3 de la Directiva 2014/24, en cuanto establece clara y precisamente el límite máximo del requisito de volumen de negocios anual como requisito de solvencia económica y financiera, debe considerarse de aplicación directa,

desplazándose con ello cualquier norma nacional de sentido contrario; en este caso, el artículo 11.4 a) del Real Decreto 1098/2001 y deviniendo, en consecuencia, proporcionada la cláusula recurrida.

En cualquier caso, y aun en la hipótesis de entenderse improcedente la aplicación directa del artículo 58.3 de la Directiva, el efecto útil de la misma conlleva también la proporcionalidad de la cláusula recurrida.

Este motivo del recurso, por tanto, debe ser desestimado.

Séptimo. Sobre la Cláusula Sexta, apartado séptimo, letra c).

Como siguiente motivo en apoyo del recurso, sostiene la parte actora la nulidad de la cláusula que mencionamos en el encabezamiento de este fundamento de Derecho, en cuanto impone la exigencia de que los licitadores tengan un número mínimo de vigilantes habilitados en plantilla (en concreto, un mínimo de dos mil en todo el territorio español y un mínimo de quinientos en el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid).

Entiende la recurrente que esta exigencia es desproporcionada, teniendo en cuenta el objeto del contrato y la cláusula de subrogación obligatoria que impone el Convenio Colectivo aplicable. Cita en apoyo de su pretensión la Resolución 217/2012 de este Tribunal.

Añade que la citada cláusula es además contraria a los principios que rigen la contratación pública, por cuanto el requisito del arraigo local, o territorialidad, es contrario a los mismos. Cita, asimismo, en apoyo de su postura, tanto Jurisprudencia como doctrina administrativa.

El Banco de España sostiene que es al órgano de contratación a quien corresponde la concreción de los requisitos de solvencia, así como la determinación de los medios para acreditar la misma, sobre la base del artículo 58 de la Directiva 24/2014 y 79 bis del TRLCSP. Señala que la utilización de un criterio claramente objetivo, como es el cuantitativo, no sólo no vulnera los principios de igualdad y no discriminación, sino que contribuye a su garantía. Considera, en síntesis, que las especiales funciones que tiene atribuidas, justifica más que de sobra que la empresa adjudicataria disponga de la plantilla



exigida en los Pliegos y añade que las resoluciones que cita el recurrente en apoyo de su pretensión no son aplicables a este caso. Por lo que se refiere al criterio de la implantación territorial, señala que su establecimiento es necesario para garantizar la correcta ejecución del contrato, que la referencia al número mínimo de vigilantes habilitados en España se establece con el objeto de garantizar que todos los vigilantes que vayan a desarrollar sus funciones en el Banco de España se hallen oportunamente habilitados, de acuerdo con el artículo 27.1 de la Ley de Seguridad Privada. Por último, y en lo que refiere a la exigencia de un número mínimo de vigilantes en Madrid, señala que sí es posible establecerla, citando en apoyo de su postura la Resolución de este Tribunal número 1103/2015 de 30 de noviembre. Concluye señalando que las referencias geográficas a España y Madrid no se han incluido con la finalidad de discriminar a ningún licitador, sino para asegurar el cumplimiento de la Ley de Seguridad Privada y garantizar que las empresas a las que se invite a presentar ofertas dispongan del personal necesario para la ejecución del contrato. En similar sentido se pronuncia PROSEGUR.

Por su parte, la UTE GARDA-TAGESA considera no conforme a Derecho la cláusula, remitiéndose a lo señalado por la recurrente.

Como señalamos en nuestra Resolución 187/2014 *“lo primero que debe de recordarse es que la exigencia de la solvencia económica-financiera y la técnica o profesional como requisito para contratar ha de ser modulada en los pliegos, de conformidad con los criterios marcados en los artículos 74 y siguientes del TRLCSP. Es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, Resolución 16/2012) la que considera que los requisitos de solvencia deben figurar en el pliego de cláusulas y en el anuncio de licitación, han de ser determinados, han de estar relacionados con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no. Ya desde la Resolución 60/2011, en la que se interpretaba el artículo 51.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (art. 62.2 TRLCSP), pero perfectamente trasladable al caso que nos ocupa, estableció este Tribunal “las condiciones a las que han de sujetarse los criterios que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación: que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación; que sean determinados; que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato; que se*



encuentren entre los establecidos en la Ley según el contrato de que se trate, -en este caso, el artículo 67 de la Ley que se refiere a la solvencia técnica o profesional de los contratos de servicios-; y además, como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios.”

Pues bien, conforme a la Cláusula Primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares *“El objeto del presente procedimiento es la contratación de la prestación, por parte del adjudicatario al Banco de España, de los servicios de vigilancia y seguridad y servicios auxiliares en los edificios del Banco de España en Madrid, en c/ Alcalá 48 y en c/ Alcalá 522, de acuerdo con las especificaciones contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.”*

Se ciñe, por tanto, el presente contrato a dos edificios situados en Madrid, lo cual pone ya por sí de manifiesto la desproporción de la exigencia relativa a un mínimo de dos mil trabajadores en toda España. Como señalamos en la Resolución 217/2012 *“Como este Tribunal ha tenido ocasión de manifestar en pronunciamientos anteriores sobre recursos similares (valga como referencia la Resolución 029/2010), son nulas las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones. En esa Resolución se señalaba que “según el convenio colectivo del sector, habrá de producirse una subrogación obligatoria con el personal que viene prestando el servicio en cuestión. Por lo tanto, la Administración contratante tiene la seguridad de que el servicio se va a seguir prestando por personal cualificado y en las mismas condiciones o muy similares. En consecuencia, no existe merma del principio de seguridad jurídica por el hecho de que la empresa no tuviera trabajadores desarrollando su labor previamente en la provincia de que se trate.” En este caso, se requiere además que al presentar la oferta se disponga de un mínimo de 1.000 vigilantes en plantilla, cuando los puestos -con horarios diversos- que hacen falta para cumplir el objeto del contrato son, según el PPT, de 58 vigilantes y el listado actual del personal de seguridad relaciona 132 vigilantes (Anexo 1 del PPT). Aunque ocasionalmente se pueda necesitar un reforzamiento de los servicios, la desproporción entre la plantilla actual y la exigida a los licitadores es evidente. Como señalaba este Tribunal en otra de sus resoluciones (número 228/2011): “No requiere mucha argumentación la existencia de una amplia desproporción entre*



ambas cifras y la consecuente falta de relación de esta exigencia del pliego con el objeto del contrato”.

Esta doctrina, plenamente aplicable al caso que nos ocupa, no se ve desvirtuada por las alegaciones que a este respecto realiza el órgano de contratación. El hecho de que mediante este requisito de solvencia se trate de garantizar el cumplimiento de la Ley de Seguridad Privada, no impide considerar que esta exigencia es desproporcionada y que nada tiene que ver con el objeto del contrato que, como se ha señalado, se ciñe a la vigilancia de dos edificios en Madrid. No alcanza a entender este Tribunal en qué medida garantiza el cumplimiento de la Ley de Seguridad Privada el hecho de exigir dos mil trabajadores en toda España.

Por lo que se refiere a la exigencia de un mínimo de quinientos trabajadores en la Comunidad de Madrid por este Tribunal se solicitó al órgano de contratación el Pliego de Prescripciones Técnicas, si bien el mismo no ha sido remitido. A la vista de los datos que obran en el informe como justificación de la exigencia de ese número, hemos de concluir, al igual que en el caso anterior, que la misma es desproporcionada. No se alcanza a entender la razón por la cual, si se requiere una plantilla de 150 se exigen 500 trabajadores en la Comunidad de Madrid, que constituyen más del triple de la plantilla necesaria para la ejecución del contrato.

Procede por tanto la estimación de este motivo del recurso.

Octavo. Sobre la infracción del artículo 67 del Reglamento.

Alega a continuación la parte actora que se incumple el contenido mínimo de los Pliegos, porque no se incluye en ellos ni la codificación correspondiente al contrato licitado, con infracción del artículo 67.2 a) del Reglamento ni la clasificación exigida, por lo que se incumple el artículo 67.7 b).

Por su parte, el órgano de contratación señala que la codificación consta en el anuncio de licitación, incidiendo en la no aplicación del TRLCSP y que dada la naturaleza del procedimiento a seguir (procedimiento restringido), si bien la aportación de la clasificación permitiría entender que una empresa tiene solvencia suficiente, no permitiría sin embargo

realizar la valoración necesaria para la elección de las empresas a invitar. Manifiesta que si bien la clasificación es admisible, ello no exime a las empresas de presentar el resto de la documentación.

Por último, señala que ni los requisitos de contenido mínimo le son aplicables, por no regirse por las normas de contratación pública, ni la falta de mención de los mismos supone vulneración de derechos de los licitadores, por lo que no procede la anulación de los Pliegos por este motivo, citando, en apoyo de su postura, la Resolución 300/2014 de este Tribunal.

Partimos, lógicamente, de la plena aplicación al Banco de España de las normas sobre contratación pública, conforme al Fundamento de Derecho Primero de esta resolución.

Por lo que se refiere a la omisión de la codificación del contrato, no puede estimarse a pretensión del recurrente. Si bien es cierto que el artículo 67.2 a) del Real Decreto 1098/2001 incluye la nomenclatura del contrato como mención a incluir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, no es menos cierto que su omisión no pasa de ser un defecto no invalidante. Debe tenerse en cuenta que la finalidad que persigue la nomenclatura común, es la identificación correcta del objeto del contrato por parte de los licitadores, siendo esa identificación perfectamente posible a través de la definición que del objeto del contrato consta en los Pliegos, cuya cláusula primera establece que *“El objeto del presente procedimiento es la contratación de la prestación, por parte del adjudicatario al Banco de España, de los servicios de vigilancia y seguridad y servicios auxiliares en los edificios del Banco de España en Madrid, en c/ Alcalá 48 y en c/ Alcalá 522, de acuerdo con las especificaciones contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.”*

Asimismo, y como bien señala el órgano de contratación, esa identificación ya consta en el anuncio de licitación, por lo que su omisión en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no tiene la incidencia que pretende el recurrente.

No ocurre así sin embargo con la omisión de la clasificación. Conforme al artículo 79 bis del TRLCSP *“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato , así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará*



en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos reglamentariamente para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.

En todo caso, la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo se tendrá por prueba bastante de su solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo. A tal efecto, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos deberá indicarse el código o códigos del «Vocabulario Común de los Contratos Públicos» (CPV) correspondientes al objeto del contrato, los cuales determinarán el grupo o subgrupo de clasificación, si lo hubiera, en que se considera incluido el contrato.

Reglamentariamente podrá eximirse la exigencia de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional para los contratos cuyo importe no supere un determinado umbral.”

Conforme al artículo 37 del Real Decreto 1098/2001, en la redacción dada por el Real Decreto 773/2015, el contrato objeto de licitación se incluye en el Grupo M, Subgrupo 2; por tanto, y conforme al precepto anteriormente transcrito, sí debe constar en el Pliego la clasificación que, en su caso, acredite la solvencia de las empresas licitadoras. Esta conclusión, además, no se ve desvirtuada por la alegación relativa a la utilización del procedimiento restringido, en primer lugar, porque el artículo 79 bis no exceptúa esta posibilidad para el procedimiento restringido y, en segundo lugar, porque la clasificación acredita el cumplimiento de las condiciones que en ella se mencionan, de tal manera que, si se exigen otros requisitos de solvencia, los mismos deberán cumplirse también por los licitadores; en otras palabras, que el hecho de que se admita la clasificación, no exime, como señala el órgano de contratación, de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Pliego que no queden cubiertos por la citada clasificación.



De acuerdo con lo expuesto, este motivo del recurso debe ser estimado.

Noveno. Sobre la definición de los criterios de selección.

Señala, por último, el recurrente, que el órgano de contratación no ha desarrollado en el pliego la forma en que va a asignar las ponderaciones a la hora de seleccionar a las empresas y que al basarse únicamente en el volumen de facturación, ello da lugar a un trato preferencial para las grandes empresas. Cita, en apoyo de su pretensión, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 63/2008.

Por su parte, el órgano de contratación señala que este motivo carece de fundamento, que la selección de las empresas no se basa única y exclusivamente en el volumen de facturación y que la competencia para establecer los criterios de selección corresponden al órgano de contratación, sin que se exija en ninguna norma establecer esos criterios de ponderación en el Pliego.

A la vista del planteamiento de este motivo, asiste la razón al órgano de contratación. Basta para constatarlo la transcripción del punto segundo de la Cláusula Séptima del Pliego, a cuyo tenor *“Posteriormente se procederá a la clasificación ordenada de las candidatas no rechazadas atendiendo a los siguientes criterios y ponderaciones:*

a Volumen de facturación anual, correspondiente a la última anualidad, en el segmento de vigilancia, y que excluye el de transporte de fondos y el de sistemas y alarmas, en España, con una ponderación del 20%.

b Número de vigilantes de seguridad habilitados en activo en el segmento de vigilancia, y que excluye el de transporte de fondos y el de sistemas y alarmas, en España, con una ponderación del 20%.

c Número de vigilantes de seguridad habilitados en activo en el segmento de vigilancia, y que excluye el de transporte de fondos y el de sistemas y alarmas, en la Comunidad Autónoma de Madrid, con una ponderación del 25%.



d Referencias de contratos similares al objeto de este contrato de importe igual o superior a 1.000.000 € anuales, con una ponderación del 25%.

e Descripción de los servicios de consultoría y asesoría de seguridad, con una ponderación del 10%. “

No concurre, por tanto, el vicio alegado, todo ello sin perjuicio de la necesaria modificación de esta ponderación, a consecuencia de la anulación de los criterios de solvencia relativos al número de trabajadores en España y en la Comunidad de Madrid.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. R.R.V., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA INTEGRAL contra los Pliegos que han de regir el contrato de “*Servicios de vigilancia y seguridad y servicios auxiliares en los edificios del Banco de España en Madrid.*”

Segundo. Anular el apartado séptimo c) de la Cláusula Séptima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, conforme a lo señalado en el fundamento de Derecho Séptimo de esta resolución.

Tercero. Declarar la procedencia de la inclusión de la clasificación correspondiente en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

Cuarto. Levantar la suspensión acordada en fecha 8 de agosto de 2016.

Quinto. 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.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.