



Recurso nº 275/2017

Resolución nº 426/2017

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

En Madrid, a 12 de mayo de 2017.

VISTA la reclamación interpuesta por D. R.R.V. en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA INTEGRAL (AESPRI) contra los pliegos del procedimiento "*Servicio de vigilancia y seguridad para el periodo 2017-2018 (6 Lotes)*", Expte. 2.17/43760.0013, convocado por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (en adelante, ADIF), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 27 de febrero de 2017 el Consejo de Administración de la Entidad Pública Empresarial ADIF acordó la aprobación del expediente de contratación del contrato de servicios de vigilancia y seguridad 2017-2018 (6 lotes) (expediente nº 2.17 /43760.0013) con un valor estimado de 80.129.562,23 €, publicándose el correspondiente anuncio de licitación en el DOUE y en el BOE (06/03/2017).

Segundo. Mediante escrito presentado el 24 de marzo de 2017 en el Registro de Entrada de este Tribunal, la ahora actora interpuso reclamación contra el Pliego de Condiciones Particulares que ha de regir en la contratación, mediante procedimiento restringido con varios criterios de adjudicación de los servicios de vigilancia y seguridad para el período 2017-2018 (6 lotes).

Tercero. Interpuesta la reclamación, la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, dictó resolución de fecha 19 de abril de 2017 por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 104.6 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos



de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El escrito de interposición de recurso, debe calificarse como reclamación en los procedimientos de adjudicación, prevista en el capítulo I del Título VII de la LCSE (artículos 101 y siguientes), por cuanto se refiere a una entidad contratante del sector de los servicios de transporte por ferrocarril, incluida entre las enumeradas en la Disposición Adicional Segunda de dicha ley.

Segundo. El artículo 102 de la LCSE establece que *“Podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*. En el mismo sentido, el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSPP) señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Dicha norma, como señalamos en nuestras Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, y nº 122/2012, de 30 de mayo, reconduce necesariamente a la doctrina jurisprudencial acerca del concepto “interés legítimo” en el ámbito administrativo. Así en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias por las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se delimita con claridad el citado concepto en los siguientes términos, tomados de la fundamentación de la sentencia de 2 de octubre de 2001.

Por “interés”, que es un concepto más amplio que el de derecho subjetivo, debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.



Dicha situación que, desde el punto de vista procedimental, supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se ha extendido a lo que, con más precisión, se titula “interés legítimo”, concepto que consiste en el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio.

Ese interés, desde el punto de vista procedimental y procesal, es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración del propio círculo jurídico vital y que, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado con dicho concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o, incluso, de orden moral, así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto o disposición administrativa ocasionaría un perjuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución o norma dictada o que se dicte o llegue a dictarse.

Ese interés legítimo, que abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien litiga.

En cuanto a la necesidad de la ventaja o perjuicio invocado sea efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial o futuro, incide la Sentencia núm. 93/1990, de 23 mayo, del Tribunal Constitucional, Sala Primera, al exigir que el interés invocado sea real y actual.

En fin, la jurisprudencia también señala que, al conceder el artículo 24.1 de la Constitución Española el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos



o intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales –y por ende a los órganos administrativos– la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales o procedimentales administrativas utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales o procedimientos administrativos.

Igualmente hemos señalado en nuestras Resoluciones 29/2011, 248/2012, 219/2013 y 1/2014 que la decisión sobre determinadas cláusulas de los pliegos, que afectan a la esfera jurídica de intereses de los posibles licitadores, son para una asociación que asume la defensa de los intereses colectivos del sector y a la que pertenecen las empresas que pueden ser licitadoras algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos

Debe, por todo ello, concluirse que las referidas asociaciones empresariales están legitimadas para plantear su pretensión de reforma de los pliegos y, en consecuencia, la Asociación actora ostenta legitimación para la interposición de la presente reclamación.

Tercero. Con carácter previo a analizar el fondo del asunto, hay que examinar si se han cumplido las prescripciones formales y los requisitos de plazo para el anuncio e interposición de la reclamación prevista en el artículo 104 de la LCSE.

El artículo 104.1, 2 y 3 de la LCSE establecen:

“1. Todo aquel que se proponga interponer reclamación en los términos previstos en el artículo 101 deberá anunciarlo previamente mediante escrito presentado ante la entidad contratante en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición de la reclamación. En dicho escrito deberá indicarse el acto del procedimiento contra el que irá dirigida la reclamación que se interponga.

2. El procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el «Diario Oficial de la Unión Europea» cuando se interponga contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.



3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolver la reclamación (...)

Con fecha 3 de marzo de 2017 se publicó el anuncio de la licitación de referencia en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Boletín Oficial del Estado el día 6 de marzo, por lo que habiéndose presentado el escrito de reclamación en el Registro de este Tribunal el 24 de marzo, sirviendo el mismo escrito de anuncio previo a aquel y que se presentó en ADIF el 23 de marzo, debe concluirse que se ha interpuesto en el plazo legalmente previsto.

Cuarto. En cuanto a los motivos de impugnación que resultan del contenido de la reclamación presentada, la parte reclamante los sintetiza del modo siguiente:

1. Criterios de selección cualitativa referentes a volumen de negocios y seguro de responsabilidad civil cuyos importes se cuantifican en relación con el importe del contrato en su conjunto y no con el de cada uno de los lotes.
2. Criterios de selección de licitadores a invitar de volumen de negocios y número de inspectores cuyos valores se cuantifican en relación con el importe del contrato en su conjunto y no con el de cada uno de los lotes, implicando además arraigo territorial.
3. Concreciones de las condiciones de solvencia que no están vinculadas con los lotes a los que los licitadores presenten solicitud de concursar sino con las características de cada licitador y ser discriminatorias por implicar arraigo territorial.
4. Procedimiento restrictivo y reducido número de licitadores a invitar sin justificación, facilitando la colusión.

Por su parte, la entidad contratante en el informe emitido a la presente reclamación, se opone a la misma e interesa que se desestime íntegramente.

Quinto. En primer lugar la parte recurrente alega la vulneración de los artículos 19, 40, 80 y 91 de la LCSE, artículos 1 y 139 del TRLCSP, artículo 36.1, 78.2 y 80 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la



contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE y 18.1 y 58 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Entiende la recurrente que el PCP en el apartado G.2 del Cuadro de Características del contrato no se ajusta a la legalidad dado que en ninguno de los requisitos relativos tanto a la cifra anual de negocios como al seguro de indemnización por riesgos profesionales se hace referencia al importe del lote al que se licite, sino al del contrato en su totalidad, por lo que no puede entenderse que sean requisitos "proporcionados" a cada uno de los lotes o no discriminatorios como exige la legislación sino que están referidos a la agregación conjunta de los seis lotes.

Así, afirma la actora que *"el Pliego permite que los licitadores puedan presentar su oferta a uno solo de los lotes, y, por un lado, el valor estimado del contrato según el mismo Cuadro de Características del Contrato es de 80.129.562,23 euros y hay un lote cuyo valor estimado es de 5.374.506,49 euros (dieciséis veces menor); y, por otro, una vez y media el valor anual medio del contrato sería de 60.097.170,00 euros y el de ese mismo lote menor de 4.030.879,50 euros (quince veces menor)"*.

Por su parte, la entidad contratante se opone a la alegación de la actora poniendo de manifiesto que tanto la Directiva 2014/24/UE como la Directiva 2014/25/UE no han sido traspuestas al ordenamiento jurídico español por lo que no resultan de aplicación y, en segundo lugar, entiende que aun cuando pudieran entenderse aplicables aquellas Directivas, defiende que está justificada la exigencia de valores por encima de los mínimos, en atención a los motivos que expone y que resumidamente son: por un lado haber sido designado Operador de Infraestructuras Críticas lo que le impone la obligación de seleccionar empresas de acreditada solvencia y sólida estabilidad financiera; en segundo lugar, cita el artículo 19.3 de la Ley 5/2014, de 4 de abril de seguridad privada como justificación de la posibilidad de incrementar los requisitos a las empresas de seguridad privada que prestan servicios en estas infraestructuras y, por último menciona las incidencias sufridas durante la ejecución de los anteriores contratos como justificación de las medidas que ha adoptado a fin de evitar nuevos incumplimientos. Respecto a la



exigencia del seguro de indemnización por riesgos profesionales cita la resolución de este Tribunal nº 1059/2016 remitiéndose a los anteriores motivos como justificación de que el valor mínimo del mismo sea el valor estimado del contrato.

Pues bien, esta cuestión litigiosa, la proporcionalidad de los requisitos de solvencia y la interdicción de la arbitrariedad, ha sido planteada en numerosas ocasiones ante este Tribunal, pudiendo destacar la Resolución nº 654/2015, de 10 de julio, así como la Resolución nº 148/2016 de 19 de febrero.

En esta última se cita el criterio seguido por este Tribunal sobre la citada cuestión: *"siguiendo un consolidado criterio de este Tribunal (por todas, Resoluciones 150/2013, de 18 de abril, 488/2014, de 27 de junio, 667/2014, de 12 de septiembre o 654/2015, de 10 de julio de 2015, alegada por las partes) hemos de remitirnos a lo dispuesto en el artículo 62 del TRLCSP, con arreglo al cual:*

"1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo".

La solvencia que se exige a los licitadores para poder aspirar a hacerse cargo del servicio que se contrata pretende garantizar que el adjudicatario dispone de los medios y cualificación adecuados para llevarlo a buen fin, respetando al mismo tiempo el principio de concurrencia y no discriminación; de ahí que la norma exija que los requisitos que se establezcan en cada caso para acreditar dicha solvencia y la documentación requerida para tal acreditación deban estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. En este sentido, el artículo 74 del TRLCSP señala en su apartado primero que:



“1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79.”

Corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 36/07, de 5 de julio de 2007), en interpretación de tales preceptos de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, señala que los criterios de solvencia “han de cumplir cinco condiciones: - que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, - que sean criterios determinados, - que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, - que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate - y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio”.

Además, en esta Resolución nº 148/2016 de 19 de febrero se abordó también la regulación que se contiene en la normativa comunitaria europea del requisito de la solvencia económica y financiera con cita en el artículo 58.3 de la Directiva 2014/24/UE y en el Considerando 83 de la misma.

De lo expuesto se desprende que la nueva Directiva (como la anterior, la Directiva 2004/18/CE) permite a los poderes adjudicadores establecer requisitos de solvencia económica y financiera que garanticen que los licitadores poseen la capacidad necesaria para ejecutar el contrato; que tales requisitos pueden referirse a un determinado volumen de negocios anual mínimo; que, con carácter general, y conforme a la nueva Directiva, ese volumen anual mínimo exigido no ha de exceder del doble del valor estimado del contrato.

Así pues, desde la legalidad vigente y desde esta doctrina, hemos de analizar el apartado relativo a la solvencia de los licitadores que se cuestiona.

Así, el apartado G.2 del cuadro de características sobre la “SOLVENCIA ECONÓMICA FINANCIERA Y TÉCNICA O PROFESIONAL”, señala que:



“La solvencia económica, financiera y técnica o profesional de los licitadores se acreditará mediante la aportación de los documentos que se indican a continuación:

1. La justificación de la solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por los medios siguientes:

- Cifra anual de negocios en el ámbito al que se refiere el contrato, y que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, deberá ser como mínimo una vez y media el valor anual medio del contrato. (...)

Justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, vigente hasta el fin del plazo de presentación de ofertas, por un importe no inferior al valor estimado del contrato, con aportación del compromiso de su renovación o prórroga que garantice el mantenimiento de su cobertura durante toda la ejecución del contrato (...)

La primera consideración que procede hacer es que, como ya hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la nº 1070/2016, de 22 de diciembre), al haber expirado el plazo de trasposición de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, resultan de aplicación directa las disposiciones de la misma relativas a los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada.

En relación a ello, el artículo 80 de la Directiva 2014/25/UE establece que:

“1. Las normas y criterios objetivos aplicables a la exclusión y la selección de operadores económicos que solicitan la clasificación en un sistema de clasificación y las normas y criterios objetivos aplicables a la exclusión y la selección de candidatos y licitadores en procedimientos abiertos, restringidos o negociados, en diálogos competitivos o en asociaciones para la innovación podrán incluir los motivos de exclusión enumerados en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE en las condiciones que en él se estipulan.

Cuando la entidad adjudicadora sea un poder adjudicador, esos criterios y normas incluirán los motivos de exclusión enumerados en el artículo 57, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/24/UE, en las condiciones que se estipulan en dicho artículo.

Si lo exigieran los Estados miembros, dichos criterios y normas incluirán, además, los motivos de exclusión enumerados en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE en las condiciones que se estipulan en dicho artículo.

2. Los criterios y normas contemplados en el apartado 1 del presente artículo podrán incluir los criterios de selección establecidos en el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE en las condiciones que en él se estipulan, en particular en lo que respecta a los límites de los requisitos relativos al volumen de negocios anual, conforme a lo dispuesto en el apartado 3, párrafo segundo, de dicho artículo.

3. A efectos de la aplicación de los apartados 1 y 2 del presente artículo, serán aplicables los artículos 59 a 61 de la Directiva 2014/24/UE”.

Y, por su parte, el artículo 58.3 de la Directiva 2014/24/UE aplicable al caso que nos ocupa establece que:

“3. 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.



La ratio entre, por ejemplo, activo y pasivo podrá tenerse en cuenta si el poder adjudicador especifica en los pliegos de la contratación los métodos y criterios que se utilizarán para valorar este dato. Estos métodos y criterios deberán ser transparentes, objetivos y no discriminatorios.

Cuando un contrato se divida en lotes, el presente artículo se aplicará en relación con cada uno de los lotes. *No obstante, el poder adjudicador podrá establecer el volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos por referencia a grupos de lotes en caso de que al adjudicatario se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo.*

Cuando vayan a adjudicarse contratos basados en un acuerdo marco tras la convocatoria de una nueva licitación, el requisito del límite máximo del volumen de negocios anual al que se hace referencia en el párrafo segundo del presente apartado se calculará con arreglo al tamaño máximo previsto de los contratos específicos que vayan a ejecutarse al mismo tiempo, o, cuando se desconozca este dato, con arreglo al valor estimado del acuerdo marco. En el caso de los sistemas dinámicos de adquisición, el requisito del volumen máximo de negocios anual a que se refiere el párrafo segundo se calculará con arreglo al volumen máximo previsto de los contratos concretos que deban adjudicarse en el marco de ese sistema”.

Como puede observarse la Directiva resuelve expresamente la problemática sobre la existencia de diferentes lotes, al señalar que los criterios de solvencia se aplicarán individualmente a cada lote. Es más, se prevé expresamente el supuesto de que un licitador participe en la licitación de varios de los lotes en los que se divida en contrato para lo que establece la posibilidad de que se exija la solvencia por referencia a ese grupo de lotes para cuya adjudicación se participe.

Por ello, asiste la razón al recurrente cuando afirma que resulta desproporcionado la exigencia de un volumen anual de negocios y de un importe de seguro de indemnización por riesgos profesionales que se refiera al importe global del contrato cuando la legalidad vigente impone que la referencia se haga a los lotes o grupo de lotes a los que se licite.

Tampoco resulta atendible la justificación que hace la entidad contratante, ni en cuanto a los antecedentes de contratos de similar objeto ni por el hecho de que se hubiera declarado a ADIF Operador de Infraestructuras Críticas pues ello debe ser conciliable con las normas que rigen la contratación pública. Menos aún debe admitirse la pretendida justificación que se hace de la posibilidad de incrementar los requisitos a las empresas de seguridad privada que prestan servicios en estas infraestructuras pues carece de aplicación al caso que nos ocupa el precepto que se cita.

En efecto, el artículo 19.3 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada señala que: *“3. Igualmente, en relación con las actividades contempladas en el artículo 5.1.a), f) y g), podrán ampliarse los requisitos referentes a medios personales y materiales, conforme se disponga reglamentariamente, para poder prestar servicios de seguridad privada en infraestructuras críticas o en servicios esenciales, así como en los servicios descritos en el artículo 40.1 y en artículo 41.2 y 3”,* pero es que dicho apartado se integra en el precepto relativo a los requisitos que deben reunir las empresas de seguridad privada para *“la autorización o, en su caso, presentación de declaración responsable, la posterior inscripción en el Registro Nacional de Seguridad Privada o en el correspondiente registro autonómico y el desarrollo de servicios de seguridad privada”* (artículo 19.1 de la Ley 5/2014). En consecuencia, nada dice el citado artículo de que pueda exigirse mayores requisitos en una determinada licitación a las empresas de seguridad sino que potestativamente y siempre a través de la oportuna norma reglamentaria pueden ampliarse los requisitos referentes a medios personales y materiales de las mismas, lo que tampoco es acreditado por la recurrente.

En definitiva, procede estimar la primera de las alegaciones en cuanto que la cifra anual de negocios que viene referida al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos y que deberá ser como mínimo una vez y media el valor anual medio debe serlo en relación al lote o grupo de lotes a los que se licite y, a la misma referencia al lote o lotes a los que se licite debe conectarse el importe de seguro de indemnización por riesgos profesionales que se exige.

Sexto. En segundo lugar, y con base en la vulneración de los mismos preceptos del TRLCSP, Directiva 2014/24/UE y Directiva 2014/25/UE, la actora alega la vulneración de



los principios de igualdad de trato y no discriminación debido a los criterios de selección relativos a la solvencia técnica y profesional que se tendrán en cuenta para la selección de los 4 candidatos a invitar a participar en la segunda fase del procedimiento.

Así, señala la reclamante que en el primero de los criterios de selección se fija como criterio de solvencia técnica o profesional la "Media anual de los trabajos efectuados en el curso de los últimos tres años correspondientes al mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato" para el que se establece como requisito previo para poder valorarse y puntuarse la acreditación de un importe mínimo anual de 30.000.000 €. Cifra que estima desproporcionada con base en la argumentación expuesta en el anterior motivo de impugnación.

Por su parte la entidad contratante se opone a esta alegación acudiendo también a los motivos ya esgrimidos en su oposición a la anterior alegación de la actora y además añade que "dichos mínimos se han establecido con la premisa de que existe un número considerable de posibles licitadores que los cumplen, y que garantizarán la selección del número mínimo de candidatos a invitar por lote..."

Pues bien, el mismo razonamiento expuesto en fundamento anterior debe ahora traerse a colación pues es necesario que la exigencia de un importe mínimo anual de los trabajos efectuados en el curso de los últimos tres años como medio para valorar la solvencia técnica o profesional de cada licitador guarde la debida proporcionalidad con el lote o grupo de lotes a los que se licite sin que sea dable la justificación por estimación que haga la entidad contratante sobre el número de los licitadores posibles que lo cumplan.

Ello guardaría la debida coherencia con lo expuesto hasta ahora e incluso con el mismo PCP, en cuyo apartado 7 "SELECCIÓN DE LICITADORES E INVITACIÓN" establece:

"La comisión de valoración analizará la documentación presentada en tiempo y forma y seleccionará, para cada lote, a un máximo de cuatro (4) empresas (aquellas que obtengan una mayor puntuación total), y las invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar su oferta técnica y proposición económica en el plazo que se indique en la propia invitación.



No podrán ser seleccionados aquellos candidatos que haya obtenido en alguno de los criterios reseñados en el apartado anterior cero (0) puntos. Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección en alguno de los lotes sea inferior a cuatro (4), ADIF podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas”.

En consecuencia procede estimar ese concreto motivo de impugnación.

Por otra parte, la reclamante se alza contra el segundo criterio de selección señalando que *“en el cuadro detallado para la Valoración de la solvencia técnica o profesional por este aspecto de la cláusula 6. CRITERIOS DE SELECCIÓN A TENER EN CUENTA PARA PARTICIPAR EN EL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO, se explicita que se va a tener en cuenta el número agregado de inspectores con que “cuenta” el licitador en el conjunto de las zonas correspondientes a todos y cada uno de los lotes, los cuales quedan relacionados en su totalidad en dicho cuadro. Es decir, aunque se expresa la mención traída del literal del artículo 78.1. b). del TRLCSP (“b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad”), en el bien entendido de que se tendrá en consideración sólo el número de inspectores “participantes” que se correspondan con el lote para el que se licite, a la vez se va a valorar el número de inspectores que los licitadores tengan en las zonas geográficas identificadas con otros lotes a los que no solicite y que en nada “participarán” en la realización de la prestación correspondiente al lote al que sí se oferte”.*

La entidad contratante por el contrario se opone a la alegación afirmando por un lado que lo único que se está teniendo en cuenta es el número de inspectores con los que cuenta cada licitador en el ámbito de actuación de los servicios objeto del contrato y, por otra parte justifica la relación con el territorio en la existencia de un interés general objeto que justifica su imposición.

Pues bien, en relación a esta cuestión podemos traer a colación la resolución 644/2015 de 10 de julio – citada por la entidad contratante- en la que expusimos que: *“Corresponde a la Administración contratante definir las prescripciones del contrato a celebrar. A través del*



PPT la Administración delimitará el objeto del contrato y las prestaciones que lo constituyen. La Administración que pretende celebrar un contrato, a la vista de sus necesidades, pondrá en marcha el procedimiento de contratación previa definición de su objeto. En principio el órgano de contratación es libre para configurar el contrato como estime necesario para el cumplimiento de sus fines, siempre y cuando el contrato permita satisfacer las necesidades que lo justifican, de conformidad con el artículo 22 del TRLCSP. Asimismo, el órgano de contratación debe velar porque los pactos, cláusulas y condiciones que se establezcan no resulten contrarios al ordenamiento jurídico -artículo 25 del TRLCSP- y particularmente, en relación a la definición de las prestaciones del contrato, el órgano de contratación se ha de ajustar a los criterios que para el PPT prevén los artículos 116 y 117 del TRLCSP.

El artículo 116 del TRLCSP define los PPT como los “pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”. El PPT “contiene las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato” -artículo 68 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre-.

En el artículo 117 del TRLCSP se contienen una serie de reglas que deben respetar las prescripciones técnicas. En el número 2 del citado artículo se dispone que “las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.”

En todo caso, los preceptos transcritos no constituyen sino una concreción de los principios que para la contratación pública establece el artículo 1 del TRLCSP y la Directiva 2004/18/CE -en su artículo 23- (artículo 42 de la vigente Directiva 2014/24/UE), y derivan del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En particular son los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.



El Tribunal se ha pronunciado en diferentes Resoluciones (entre otras, 595/2013, de 4 de diciembre, 245/2013, de 27 de junio, 101/2013, de 6 de marzo, 212/2012, de 3 de octubre, 139/2011, de 11 de mayo y 29/2011, de 9 de febrero), acerca de la incorporación a los PCAP y PPT del denominado arraigo territorial de la empresa licitadora o adjudicataria. Este elemento de arraigo puede aparecer en el PCAP bien como un requisito de solvencia o aptitud para contratar de las empresas que desean licitar o bien como un criterio de valoración de las ofertas. En algunos casos se ha incorporado el arraigo territorial como un compromiso de adscripción de medios materiales, al amparo del artículo 64.2 del TRLCSP. El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 9/2009 de 31 de marzo ha estudiado el problema del arraigo territorial cuando se incluye en los pliegos como un elemento de solvencia del contratista y como un criterio de valoración de las ofertas, indicando que “el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa, no pueden ser considerados como condición de aptitud para contratar con el sector público, ni pueden ser utilizados como criterio de valoración” circunstancias que “igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración”.

Las Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, trataron, como un supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. En esta sentencia el TJUE expuso las condiciones para apreciar si la medida adoptada por el Estado vulnera los principios del Tratado, sin que el hecho de que el supuesto considerado en esta sentencia no sea la prestación del contrato sino el criterio de aptitud o solvencia y el criterio de adjudicación obstaculice la aplicación de los requisitos comprendidos en ellas para el caso objeto de este recurso toda vez que se prevén para cualquier medida adoptada por el Estado que pueda afectar a la libre prestación de servicios. Así, la Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03 dispone en su párrafo 35, que “procede recordar, como han hecho las partes, que, según una jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias



de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I13031, apartados 64 y 65).

El TJUE, así como las Resoluciones de este Tribunal, estiman que no es posible dar una respuesta general a la admisión o no de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora sino que debe acudirse a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos.

Antes de continuar resulta conveniente aclarar que resulta indiferente que la exigencia de una oficina, almacén, centro de trabajo o establecimiento, una delegación o un delegado sea exigible como un requisito de solvencia, una obligación de adscripción de medios materiales, un criterio de valoración de las ofertas o bien, como es el caso de este expediente, exigirla como una prestación del contrato. Cualquiera que fuera la forma en la que la Administración contratante configure una medida discriminatoria o innecesaria para alcanzar los fines que se pretenden mediante el contrato o desproporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia. En todo caso, la exigencia o la consideración a todos los efectos de un arraigo territorial de las empresas supone una limitación de la concurrencia y la libertad de acceso que debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que éste satisface. Como toda excepción de los principios generales deberá interpretarse de forma restrictiva y así de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican.

En definitiva el ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina o almacén en un mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato....”

Por tanto, y como ya hicimos en aquella Resolución, debemos ahora examinar la cláusula objeto de debate, esto es, si se exige o no arraigo territorial y en caso de que así fuese si está justificado por razón del interés general como se alega por la reclamante.



En PCP en la cláusula 6 como criterios de selección establece dentro de la valoración de la solvencia técnica o profesional la asignación de 25 puntos para el criterio: "Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad. Fórmula: $25 * N^{\circ}$ Inspectores solvencia a evaluar/ N° Inspectores oferta con mayor n° " y además, señala como requisito mínimo exigible para este criterio:

"1. Centro

Ciudad Real, Guadalajara, Toledo y Madrid

2. Noroeste

Galicia, Asturias y Castilla y León

3. Sur

Andalucía y Extremadura

4. Este

Valencia, Murcia, Cuenca y Albacete

5. Noreste

Cataluña y Aragón

6. Norte

Cantabria, La Rioja, Navarra y País Vasco".

Por tanto, la primera conclusión es que en el PCP sí que se exige la vinculación/arraigo territorial en relación al personal técnico o unidades técnicas.

Sentado lo anterior se impone la necesidad de analizar si esta exigencia responde a un interés general objetivo que justifique su imposición sin que para ello sea suficiente el

hecho de que el objeto del contrato se refiera a determinadas zonas geográficas en las que prestar los servicios de los que se trata.

La respuesta en este caso- al igual que en el de la resolución 644/2015- ha de ser negativa, por cuanto atendiendo al objeto del contrato (Servicios de vigilancia y seguridad en las zonas geográficas que se indican en el Anejo 2...), así como a la propia descripción de las actividades a realizar con motivo de la ejecución del contrato descritas en el PPT, en particular los apartados 2.2 “Condiciones generales de los servicios”, 2.3 “Condiciones comunes de los servicios”, 3, “Funciones específicas del personal contratado” en el que se incluyen las funciones de los vigilantes de seguridad: Estaciones de viajeros, terminales de mercancías, controles de accesos a edificios, puestos de mando...vigilancia en las infraestructuras, lo cierto es que la vinculación territorial de los inspectores no puede configurarse como un elemento esencial e incluso necesario a los efectos de una adecuada prestación del servicio, esto es, la naturaleza de la prestación objeto del contrato -para el supuesto aquí examinado- no justifica las exigencias de arraigo citadas.

Cuestión distinta es que como obligación impuesta en la fase de ejecución del contrato a quien resultare adjudicatario sí resultare admisible dicha vinculación o arraigo territorial y, de hecho, así se hace constar expresamente en el cuadro de características generales en el apartado G.3 al señalar que:

“Los licitadores que resulten adjudicatarios deberán presentar antes de la formalización del contrato un documento firmado por el representante legal de la empresa con capacidad legítima, acreditando que tendrán, al menos, una delegación en cada una de las Gerencias territoriales de la Dirección de Protección y Seguridad en el momento del inicio del contrato, atendiendo a los lotes del que haya resultado adjudicatario y que son las siguientes:

- 1. Centro: Madrid, Ciudad Real, Guadalajara y Toledo.*
- 2. Este: Comunidad Valenciana, Murcia, Cuenca y Albacete*
- 3. Nordeste: Comunidad de Cataluña y Aragón*
- 4. Noroeste: Comunidad de Galicia, Asturias y Castilla y León*



5. Norte: Comunidad de Cantabria, La Rioja, Navarra y País Vasco

6. Sur: Comunidad de Andalucía y Extremadura

Además, los licitadores que resulten adjudicatarios deberán tener una plantilla mínima de inspectores en servicio, en cada una de las delegaciones territoriales que posea y que serán los siguientes:

1. Centro: 4 inspectores

2. Este: 2 inspectores

3. Nordeste: 4 inspectores

4. Noroeste: 3 inspectores

5. Norte: 2 inspectores

6. Sur: 3 inspectores”

Por tanto, en la medida en que queda salvaguardada la vinculación territorial necesaria para adecuada ejecución de las prestaciones del contrato impuesta a quien resultare adjudicatario, y siendo la cláusula 6 del PCP relativa a criterios de selección a tener en cuenta para participar en el procedimiento restringido, en lo que al segundo criterio se refiere contraria a los principios que deben regir la contratación del sector público, procede declarar la nulidad de la misma y acordar la supresión de la exigencia de localización de los inspectores a cada uno de las zonas geográficas que se indican como requisito mínimo exigible.

Séptimo. Lo expuesto en el Fundamento anterior da respuesta en parte a la tercera de las alegaciones de la recurrente pues entiende vulnerados los principios de igualdad de trato y no discriminación que promulgan los artículos 19, 34.2 y 91 de LCSE, artículos 1, 64.2 y 139 del TRLCSP, 36.1 Directiva 25/2014 y 18.1 Directiva 24/2014.



En particular, afirma la actora que los dos compromisos de adscripción de medios incluidos en el apartado G.3. CONCRECIÓN DE LAS CONDICIONES DE SOLVENCIA TÉCNICA PARTICULAR (Los licitadores que resulten adjudicatarios deberán presentar antes de la formalización del contrato un documento firmado por el representante legal de la empresa con capacidad legítima, acreditando que tendrán, al menos, una delegación en cada una de las Gerencias territoriales de la Dirección de Protección y Seguridad en el momento del inicio del contrato, atendiendo a los lotes del que haya resultado adjudicatario (...)) adolece de dos de los vicios desarrollados ya en los anteriores motivos de esta reclamación, esto es, por un lado, el no estar vinculado con los lotes a los que los licitadores presenten solicitud de concursar sino con las características de cada licitador, y por otro, implicar arraigo territorial.

Así las cosas, aplicando lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores debemos sucintamente señalar que respecto a la vinculación con el lote o grupo de lotes para el que resulte adjudicatario el licitador, la pretensión de la recurrente debe desestimarse en cuanto que sí que el pliego especifica que será en relación al lote o lotes que resultare adjudicatario, así señala que: “Los licitadores que resulten adjudicatarios deberán presentar antes de la formalización del contrato un documento firmado por el representante legal de la empresa con capacidad legítima, acreditando que tendrán, al menos, **una delegación** en cada una de las Gerencias territoriales de la Dirección de Protección y Seguridad en el momento del inicio del contrato, **atendiendo a los lotes del que haya resultado adjudicatario** y que son las siguientes (...).

Y, conectándose la plantilla mínima de inspectores en servicio que se exige con cada una de estas delegaciones territoriales, que reiteramos, lo son atendiendo a los lotes que hubieran resultado adjudicatario, debemos concluir que en este caso, el Pliego sí que vincula el arraigo exigido con el lote/s a los que los licitadores presenten su solicitud.

Igual suerte desestimatoria debe correr el segundo de los vicios denunciados por el actor en cuanto que como ya hemos expuesto, el arraigo territorial previsto en el apartado G.3 del cuadro de características lo es como condición de ejecución y no de selección de licitador de modo que no supone restricción alguna en el procedimiento ni vulnera el principio de igualdad de trato y no discriminación.



En consecuencia, procede desestimar esta alegación.

Octavo. Finalmente, la recurrente alega que aunque en los Pliegos se justifica la utilización del procedimiento restringido, no encuentra referencia alguna que fundamente reducir el número de licitadores invitados a sólo cuatro, por debajo de los cinco vistos en legislaciones de contratación pública, señalando que el artículo 80 de la LCSE, similar al 78 de la Directiva 25/2014, hace constar que la reducción de candidatos debe estar justificada y que "se deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una competencia suficiente".

En relación a ello, el artículo 80 de la Ley 31/2007 establece que "En el caso de los procedimientos restringidos o negociados, los criterios de selección cualitativa a que se refiere el artículo 40 podrán basarse en la necesidad objetiva, para la entidad contratante, de reducir el número de candidatos hasta un nivel justificado por la necesidad de equilibrio entre las características específicas del procedimiento de adjudicación de contratos y los medios necesarios para su realización. No obstante, el número de candidatos seleccionados deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una competencia suficiente".

Por su parte el artículo 78.2 de la Directiva 2014/25/UE señala que *"Cuando las entidades adjudicadoras necesiten obtener un equilibrio adecuado entre las características específicas del procedimiento de contratación y los medios necesarios para su realización, podrán establecer, en los procedimientos restringidos o negociados, en diálogos competitivos o en las asociaciones para la innovación, normas y criterios objetivos que reflejen esta necesidad y que permitan a la entidad adjudicadora reducir el número de candidatos a los que se invitará a licitar o a negociar. No obstante, el número de candidatos seleccionados deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una competencia suficiente"*.

Sentado lo anterior, la entidad contratante consideró que, contar con cuatro ofertas en cada uno de los lotes en que se ha dividido el contrato, garantiza una competencia suficiente, siempre teniendo en cuenta los especiales circunstancias que concurren en la presente licitación, y que ya han quedado puestas de manifiesto, habiéndose reducido el número de candidatos hasta un nivel que, suponiendo únicamente un licitador menos con respecto al



número mínimo establecido por las citadas TRLCSP y Directiva 2014/24/UE, se considera justificado por la necesidad de equilibrio entre las características específicas del procedimiento y los medios necesarios para su realización.

Así además lo expuso en el informe justificativo del contrato en cuyo apartado 4 se señaló que: *“En los últimos dos años, la Dirección de Protección y Seguridad ha tenido que rescindir a 3 empresas de servicios de vigilancia y auxiliares, 5 contratos vigentes. La causa de esta resolución ha estribado siempre en el incumplimiento por parte del contratista del abono de emolumentos salariales y de cuotas empresariales a la Seguridad Social.*

En el momento actual, la empresa adjudicataria de los lotes de servicios de vigilancia Nordeste (Cataluña y Aragón) y Noroeste (Asturias, Galicia, Castilla y León) se encuentra en una difícil situación financiera. Esta empresa, Segur Ibérica, S.A., ha solicitado concurso voluntario de acreedores, cuyo objetivo final, de acuerdo con el auto judicial de 22/12/2016 es la liquidación de la propia sociedad. Segur Ibérica ha presentado también un ERE sobre la estructura de personal no operativo. Además ADIF ha recibido embargo de la Agencia Tributaria por un valor de 5,5 millones de euros, lo que ha significado el bloqueo de los pagos que ADIF debería haber realizado por las facturas de octubre y noviembre. Este bloqueo afectará muy negativamente a la liquidez de tesorería de la empresa y previsiblemente al pago de salarios de los empleados.

Recientes informes sobre la situación económica de las principales empresas del sector de la seguridad, señalan que la mayor parte de ellas obtienen rentabilidades negativas o muy por debajo del umbral mínimo de garantía (3%).

Sirva lo anterior para poner de manifiesto que se necesitaría realizar un pormenorizado análisis de la solvencia económica y empresarial.

En procedimientos abiertos de licitaciones de servicios, el licitador puede optar entre la clasificación que se solicita del Ministerio de Hacienda (M2D) y los criterios de solvencia técnica/empresarial y económica/financiera, optando los mismos habitualmente por presentar exclusivamente el certificado de clasificación M2D. De esta manera los filtros que se pretenden llevar a cabo no tienen el efecto adecuado.



Por todo lo anterior, se propone la utilización de un procedimiento restringido, con 2 fases en la licitación:

1ª) Fase de solvencia: Evaluación de la solvencia técnica y económica

2ª) Invitación por cada uno de los 6 lotes a las 4 empresas con mayor puntuación obtenida en la evaluación de la solvencia técnica/económica. Presentación de la oferta técnica y proposición económica.”

Por tanto, la reducción del número de candidatos a invitar en cada uno de los lotes encuentra justificación de la entidad contratante, por lo que deben desestimarse las alegaciones de la actora.

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 la reclamación interpuesta por D. R.R.V. en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA INTEGRAL (AESPRI) contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de vigilancia y seguridad para el periodo 2017-2018 (6 Lotes)*”, Expte.: 2.17/43760.0013, convocado por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, debiendo modificarse los Pliegos en los términos expuestos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 106.4 de la LCSE.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

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 a la recepción



de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.