



Recurso nº 1136/2020

Resolución nº 345/2021

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

En Madrid, a 9 de abril de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.G.E., en representación, como presidente, de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPAÑÍAS PRIVADAS DE SEGURIDAD (en adelante, ASECOPS) contra los pliegos de la licitación convocada por la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza para contratar los *“Servicios de seguridad y vigilancia y auxiliares de sala para la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P.”*, Expediente MTB047/19, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, convocó mediante anuncio publicado en fecha 5 de octubre de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, licitación para adjudicar mediante procedimiento abierto el contrato de los *“Servicios de seguridad y vigilancia y auxiliares de sala para la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P.”*, con un valor estimado de 15.300.000,00 euros.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), aprobada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.



Tercero. Contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) el representante de ASECOPS interpone en fecha 27 de octubre de 2020 el presente recurso especial en materia de contratación solicitando se declare la revisión de los Pliegos de acuerdo con los argumentos y motivos alegados.

Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LCPS, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 3 de noviembre de 2020.

Quinto. Mediante Resolución de 11 de noviembre de 2020 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 LCSP.

Segundo. El recurso se ha interpuesto contra los pliegos que han de regir la contratación de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por tanto, susceptibles de impugnación, de conformidad con los artículos 44.1. a) y 2.a) de la LCSP.

Tercero. La recurrente se encuentra legitimada activamente conforme al artículo 48 LCSP cuando dispone:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.



Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación.

En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

A estos efectos, y como se ha resuelto por este Tribunal en, entre otras, la resolución 1050/2018, el artículo 48 de la LCSP introduce dos novedades respecto al artículo 42 del TRLCSP. Por un lado, amplía el ámbito de la legitimación no ya sólo a aquellos que resulten perjudicados en sus derechos e intereses legítimos (tal y como establecía el TRLCSP) sino que se especifica que tales derechos e intereses legítimos pueden ser “*individuales o colectivos*” y, además, se abre a la afectación indirecta - “*puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso*”-.

En el mismo sentido, el artículo 24.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que

“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.

En consecuencia, la legitimación de los sindicatos y asociaciones empresariales sólo será admisible si los motivos de impugnación tienen una relación directa e incuestionable con la defensa de los intereses colectivos, sin que pueda admitirse dicha legitimación en el caso de que los motivos del recurso rebasen este ámbito o se refieran a cuestiones de legalidad ordinaria de los pliegos o el procedimiento.



En el recurso que nos ocupa, la recurrente representa evidentemente un interés colectivo, tal y como resulta de sus estatutos, por lo que se le reconoce legitimación para recurrir.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1.b) LCSP.

Quinto. Es objeto del recurso los pliegos rectores del contrato de servicios que nos ocupa, considerando la recurrente la posible vulneración, por determinadas cláusulas, de los principios de libre concurrencia, proporcionalidad y no discriminación que deben regir la contratación pública.

Procedemos a resolver las cuestiones planteadas por el orden en que han sido expuestas por la recurrente, comenzando por la alegación relativa al objeto del contrato, considerando la recurrente que al añadir una nueva actividad injustificada e innecesaria, como es la custodia y transporte de caudales, al objeto tradicional del contrato, queda eliminada la competencia; argumenta al respecto la asociación recurrente que:

“A las dos actividades de servicios de Seguridad y Vigilancia y Auxiliares de Sala, que han constituido en anteriores licitaciones el objeto del contrato, se ha añadido en el presente concurso una nueva actividad al objeto del contrato, la del servicio de custodia y transporte de caudales. Esta nueva actividad se incorpora justamente cuando disminuyen los pagos en efectivo y lo que aumentan son las compras por banca online o “in situ” mediante pago con tarjeta. Cómo es posible que justamente esta necesidad surja para el año 2021 y siguientes, cuando las previsiones son de disminución importante del pago en efectivo, por la aparición y utilización de otras nuevas formas de pago, además de las limitaciones legales que se están estableciendo.

Si la nueva actividad de custodia y transporte de caudales no aparece justificada por una necesidad objetiva y sin valorar ninguna otra posibilidad de solución alternativa, cabe pensar que está introducida de forma innecesaria, injustificada y sin transparencia.

Y, además, al establecerse en un ámbito de actividad que tiene una situación real de “duopolio” como reconoce la Resolución de 10 de noviembre de 2016, Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, comentada en



epígrafe IX de los antecedentes de hecho, los efectos que produce son devastadores para el principio de libre competencia conculcando lo que establece el artículo 1 de la Ley 9/2017, de contratos del Sector Público, debiendo declararse su nulidad de pleno derecho.” (Fundamento de Derecho Quinto, apartado A).

Frente a tal alegación, el órgano de contratación dispone que:

En el concurso publicado (MTB 047/19), la Fundación solicita un servicio integral de seguridad privada que engloba, bajo el control y dirección efectiva de un único contratista –por lo general una UTE–, la seguridad de las instalaciones, los bienes, las obras de arte y las personas que se encuentran en el Museo Nacional Thyssen-Bornemisza (servicios que presta personal de seguridad privada); y la asistencia y control del público durante las visitas al Museo (servicios que prestan los auxiliares de sala).

La Cláusula Particular 11 establece, en efecto, que:

“El objeto del Contrato es la prestación, a satisfacción de la Fundación, de los servicios de seguridad y vigilancia y auxiliares de sala, así como el servicio de custodia y transporte de caudales, con la extensión y en los términos señalados en el presente Pliego de Cláusulas Particulares y sus anexos” (Cláusula Particular 11).

La custodia y el transporte de caudales es, por tanto, una parte más del servicio integral en seguridad privada objeto del Contrato, y todos esos servicios deben prestarlos empresas habilitadas para ello, porque así lo exige la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada y sus normas de desarrollo. (...).

En cuanto a la conveniencia y oportunidad de contratar los servicios de custodia y transporte de fondos, efectivos y valores, aunque es notoria su necesidad por la propia actividad del Museo, informamos de que la Fundación realiza diariamente ventas de entradas y de productos de su tienda, muchas de ellas en efectivo. Así, durante el ejercicio 2019 las ventas de entradas y de productos de tienda ascendieron a un total de 8.244.326€ y más de dos millones setecientos mil euros fueron en efectivo.



El Pliego de Prescripciones Técnicas demuestra la conveniencia de la contratación y exigencia de autorización para custodia y transporte de caudales cuando explica en qué consiste el servicio: la recogida de sacas de tienda y taquilla, el transporte a entidad bancaria en la ciudad de Madrid y el suministro de cambio. (Cláusula 3, pág. 10)

El servicio de custodia y transporte de caudales se realiza siempre con personal de vigilancia privada armado –por exigencia de la Ley de Seguridad Privada– que tiene que acceder al Museo donde ya existe otro personal de vigilancia, también armado, dedicado a la protección de las instalaciones, las obras de arte y los visitantes pero que no puede dedicarse a la custodia y transporte de caudales. Ambas actividades se consideran independientes en cuanto a las autorizaciones exigidas.

El Área de Seguridad de la Fundación considera, sin embargo, perjudicial para la operativa del Museo contar con dos empresas distintas con vigilantes, una para custodia y transporte de caudales y otra para la seguridad y vigilancia, ya que exigiría un esfuerzo especial de coordinación y de información entre empresas y se incrementa el riesgo de cometer errores que pongan en peligro al Museo, a las obras de arte que alberga y al público que lo visita. Por ello es oportuno solicitar ambas autorizaciones.

La Fundación tiene además una actividad constante de préstamo de obras de arte, como cedente y como cesionaria, en la que ocasionalmente podría requerir servicios de escolta de los transportes de esas obras. Lo mismo sucede con las exposiciones temporales de otros bienes de importante valor económico que pueden requerir de escolta, como ha sucedido con joyas (p.ej. “Bulgari y Roma”¹ celebrada del 30/11/2016 al 26/02/2017 o “El arte de Cartier”² del 24/10/2012 al 17/02/2013) o con diseños únicos de moda (p.ej. “Balenciaga y la pintura española”³ celebrada del 18/06/2019 al 22/09/2019, “Sorolla y la moda”⁴ del 13/02/2018 al 27/05/2018, “Sonia Delaunay. Arte, diseño y moda”⁵ celebrada del 4/07/2017 al 15/10/2017) (...).

Pues bien, justificada adecuadamente las necesidades a satisfacer con el contrato examinado y la configuración de su objeto, en los términos que resultan del expediente y del informe preceptivo del órgano de contratación, procede desestimar en este concreto



motivo el recurso, teniendo en cuenta que, como ya hemos señalado en numerosas resoluciones (por todas, resolución nº 468/2018:

“(....) hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.”

En efecto, la determinación del objeto del contrato corresponde al órgano de contratación (ex artículo 28 LCSP) según las concretas circunstancias que concurran al tiempo de la licitación, considerando que las características de un contrato pueden cambiar a lo largo del tiempo. El órgano de contratación ha justificado de forma objetiva y razonable la necesidad de incluir el servicio de custodia y transporte de caudales, configurando el objeto del contrato como un servicio integral de seguridad privada, sin que las alegaciones del recurrente permitan apreciar arbitrariedad o limitación de la concurrencia.

Sexto. El segundo motivo esgrimido por la recurrente, por el que se impugna la cláusula 12.20 del PCPA, se basa en considerar (Fundamento de Derecho Quinto, apartado B) que no existe obligación alguna de subrogación del personal que esté prestando servicio de auxiliar de servicios en el Museo Nacional Thyssen-Bornemisza, por cuanto no existe ninguna norma legal ni convencional que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en las relaciones laborales de este tipo de actividad, ni por ello la obligación del órgano de contratación de exigir en el PCAP nada sobre una obligación inexistente.

El órgano de contratación considera en su informe preceptivo que:



“En primer lugar, porque sí existe una norma legal, el Estatuto de los Trabajadores, que establece esa obligación de subrogación en el supuesto de cambio de titularidad en la empresa, entendida como unidad productiva autónoma. Así lo establece, en efecto, el artículo 44.1 ET: (...)”

Por lo que dejar de incluir en el PCP la obligación de subrogarse en el personal podría suponer para la Fundación el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 130 LCSP.

En segundo lugar, porque si no se incluye en los pliegos el deber de la nueva contrata de subrogarse en el personal de la anterior, esta nueva contrata podría negarse a contratar a todo ese personal (o a una parte del mismo) con lo que se estaría atentando contra el derecho al trabajo de los auxiliares de sala, en la vertiente del derecho a la estabilidad en el empleo de ese colectivo. Ello seguramente provocaría un conflicto colectivo que terminarían dirimiendo los tribunales del orden social, y es muy probable que tales tribunales dicten finalmente una sentencia a favor de la sucesión de empresa y la subrogación de contratas, pero entre tanto la Fundación vería perjudicada su reputación y el nivel de servicio.

Establecer desde los pliegos mismos el compromiso de la adjudicataria a subrogarse en todos los trabajadores –tal y como se viene haciendo en todos los concursos anteriores– no es contrario a la libertad de empresa y ni siquiera le perjudica. Lo que precisamente ofrece es seguridad jurídica a los trabajadores y también a los licitadores y al adjudicatario. Este último además puede así contar con subrogarse para, más adelante, cuando concluya su Contrato, ceder sin más coste su posición a favor de la nueva contrata. Desconocemos de qué manera esta situación puede restringir la concurrencia como de manera gratuita afirma el recurso.

Por último, en el interés de contar con el mejor servicio posible, esta Fundación también considera conveniente exigir a los licitadores la garantía de que contarán con trabajadores que, en ocasiones, llevan más de veinte años prestando sus servicios en el Museo Nacional Thyssen-Bornemisza y que están perfectamente formados para su puesto. La sustitución de ese personal provocaría un grave perjuicio para la calidad del servicio.



Para el examen de esta cuestión, procede transcribir lo dispuesto en la cláusula 12.20 PCAP, que dispone:

“El Contratista deberá subrogarse en la relación laboral de las empresas que prestan los Servicios en la actualidad con respecto a su personal en las condiciones establecidas en estos Pliegos, en la legislación y en los convenios colectivos vigentes. Dicha obligación se extiende la totalidad del personal, ya estén adscritos al servicio de seguridad y vigilancia o al servicio de auxiliares de sala. Asimismo, deberá contratar, en su nombre y por su cuenta, el personal adicional necesario para atender a sus obligaciones, facilitando y manteniendo en todo momento una relación detallada y actualizada con los datos curriculares de todos sus colaboradores que facilitará a la Fundación cuando ésta así lo requiera. El Contratista deberá mantener identificado en todo momento al personal que destine a prestar los Servicios, que deberán estar debidamente uniformados.”

Sobre esta concreta cuestión, la doctrina de este Tribunal ha sido recogida en numerosas resoluciones; así en la resolución nº 695/2019 señalábamos:

“El parámetro de legalidad de tal subrogación laboral ha de ser el vigente artículo 130 de la LCSP, cuyo párrafo 1º dispone que:

En cuanto al contenido y alcance de dicho precepto (artículo 120 del TRLCSP y ahora artículo 130 LCSP), este Tribunal señaló, entre otras muchas, en sus Resoluciones números 181/2011, 8/2013, 75/2013, 136/2013, 264/2013, 608/2013, 321/2014, 872/2014 y 891/2014, en consonancia con la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 31/1999, de 30 de junio, y 33/2002, de 23 de octubre, lo siguiente:

“La cláusula de subrogación empresarial, excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos –Administración contratante y adjudicatario–, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y que forman



parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social”.

También dijimos que la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se encuentre ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate, pero en ningún caso del pliego.

Ello es así porque los pliegos de contratación tienen un carácter contractual, es decir, están llamados únicamente a definir la relación entre las partes: la Administración y el adjudicatario, documento que en ningún caso excluye la aplicación de cualesquiera normativas sectoriales que pudieran imponer otro tipo de obligaciones a cada una de ambas partes, que en ningún caso quedarían eximidas de su cumplimiento. Por ello, el hecho de que en el pliego no se contemplen específicamente las distintas obligaciones impuestas por la normativa correspondiente no significa que las mismas no hayan de ser cumplidas.

En fin, señalamos que la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista, que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, no surge del artículo 44 del ET, pues la situación es la de una Administración que finaliza un contrato con una empresa y celebra otro distinto con la que resulte adjudicataria y no hay subrogación empresarial entre dos empresas, cedente y sucesora de la actividad, sino de la exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Así lo corrobora la jurisprudencia que declara que la mera sucesión de contratistas no determina, por sí sola, la aplicación de dicho precepto, salvo que se transmita al contratista la infraestructura o la organización básica para la explotación (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 24 de julio de 2013 –Roj STS 4481/2013-, 13 de febrero de 2013 –Roj STS 993/2013– y 19 de diciembre de 2012 –Roj STS 9066/2012–). (...).



Descendiendo al caso que nos ocupa, al no existir obligación de subrogación de los trabajadores que prestan servicio de auxiliares de sala establecida por convenio colectivo aplicable, los pliegos no pueden establecer de forma autónoma y unilateral esta obligación, no pudiendo admitir que la impuesta subrogación encuentra su fundamento legal en el artículo 44 ET, puesto que no hay subrogación empresarial entre dos empresas, cedente y sucesora de la actividad.

Por otra parte, conviene recordar que tratándose de cláusulas de subrogación pactadas en convenio colectivo sectorial de aplicación, la obligación del órgano de contratación ha de limitarse a facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, de acuerdo con el artículo 130 LCSP.

Por tanto, asiste la razón a la asociación recurrente y procede estimar el recurso en esta concreta alegación, anulando la cláusula 12.20 PCAP por los motivos anteriormente indicados.

Séptimo. Como tercer motivo, argumenta la asociación recurrente que existe desproporción de los requisitos y la documentación exigida para acreditar la solvencia técnica. Pasamos a analizar cada una de las cláusulas impugnadas:

1.- La asociación recurrente solicita la nulidad de la cláusula 4.1.4, b) ii) que impone la exigencia de aportar certificado de la actividad del acompañamiento, defensa y protección de personas físicas determinadas, incluidas las que ostenten la condición de autoridad, al considerar que se está exigiendo la certificación de una actividad que no forma parte del objeto del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación señala al respecto que:

“Como ya se ha indicado en la alegación primera del presente escrito, la Fundación desea contratar un servicio integral de seguridad privada.

En el Museo se desarrollan eventos que acogen a personalidades y cargos de especial relevancia (jefes de estado y de gobierno, embajadores, artistas internacionales, etc.) cuya presencia puede requerir de una seguridad reforzada (en este caso, a la persona visitante

del Museo) que garantice su protección y defensa ante eventuales agresiones o actos delictivos. Del mismo modo, la Fundación puede desplazar a miembros de su patronato o a sus directores gerente y artístico a actos públicos en los que puede ser igualmente necesaria la contratación de los servicios de escolta privada.

Precisamente, anticipando estas necesidades, la Fundación ha solicitado a los licitadores que acrediten que tienen autorizada la actividad de acompañamiento, defensa y protección de personas físicas determinadas, incluidas las que ostenten la condición legal de Autoridad y que, por tanto, cuentan con personal apto para llevar a cabo las funciones de escolta privado.”

Pues bien, este Tribunal considera que la actividad autorizada de “acompañamiento, defensa y protección de personas físicas determinadas, incluidas las que ostenten la condición legal de Autoridad” cuya certificación se impone como condición de solvencia técnica, no guarda relación con el objeto del contrato, y al respecto vemos que en el informe de justificación, la necesidad e idoneidad del contrato se justifica: “*Para prevenir la comisión de actos antisociales contra el patrimonio histórico-cultural que custodia el Museo y garantizar la seguridad de los visitantes, personal e instalaciones, se precisa de este servicio de forma permanente, no siendo factible la actividad normal del Museo en ningún momento sin su comisión*”, lo que quedaría cubierto con el certificado que acredite tener autorizada la actividad de “*Vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos.*”

Como reconoce el propio órgano de contratación, con la exigencia de dicho certificado se trata de acreditar tener autorizadas las funciones de “escolta privado” para personalidades y cargos de especial relevancia y, por tanto, más allá de la protección y vigilancia de las personas que pudieran encontrarse en el Museo, lo que supone una prestación no integrada en el objeto del contrato, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 74.2 LCPS que impone tanto la proporcionalidad de la solvencia como su vinculación al objeto del contrato, por lo que procede la estimación del recurso en este concreto motivo.

2.- La recurrente considera nula la cláusula 4.1.4. b) iii) que impone la exigencia de certificación de la actividad de transporte de fondos y valores, gestión de efectivo y depósito y custodia de efectivo y valores inexistentes, entendiendo que pertenecen a dos actividades diferentes.

Al respecto alega que los pliegos exigen un certificado para acreditar dos actividades diferentes que han de ser objeto de diferente certificación, de forma que la acreditación de la solvencia técnica, mediante el certificado exigido, genera confusión, inseguridad jurídica e indefensión.

En su informe preceptivo, el órgano de contratación manifiesta que:

“(...) el transporte de fondos y valores, gestión de efectivo y depósito y custodia de valores, forman parte del objeto del Contrato (Cláusula Particular 11), y la normativa exige a las empresas que quieran prestar esos servicios obtener antes una autorización del Ministerio del Interior.

Por tanto, es totalmente procedente solicitar certificación acreditativa de esas autorizaciones

(...)

Pues bien, basta con leer la mencionada Cláusula para entender que lo que esta Fundación requiere, es que los licitadores acrediten estar autorizados para llevar a cabo una serie de actividades, pero en ningún momento se solicita una única certificación como pretende la recurrente. (...)

Este Tribunal comparte lo afirmado por el órgano de contratación, el venir claramente establecido en los pliegos que lo que se exige es la acreditación de disponer de las autorizaciones para llevar a cabo las actividades señaladas en la cláusula 4.1.4.b) PCAP exigencia que se acreditará con el correspondiente certificado de inscripción en el Registro de Empresas de Seguridad y no, como considera la asociación recurrente, la exigencia de una única certificación. En consecuencia, procede la desestimación del recurso para este concreto motivo.

3.- La recurrente alega desproporción para acreditar la solvencia técnica entre la empresa de seguridad y la empresa de servicios, argumentando que toda la documentación que se exige para acreditar la solvencia técnica va referida a la empresa de seguridad, quedando la empresa de servicios sin acreditación de solvencia técnica.

Asiste la razón al órgano de contratación cuando afirma que:

“(…) Pues bien, ninguna norma exige que la solvencia técnica o profesional requerida deba ajustarse proporcionalmente al número de trabajadores destinados a cada servicio requerido. Semejante planteamiento, con todo respeto, resulta sorprendente y carente de todo sentido.

La Fundación ha tenido en consideración criterios como la relevancia de cada una de las prestaciones, la necesidad de contar con titulaciones, habilitaciones o autorizaciones administrativas para realizar los servicios, y el peligro o el riesgo que entraña cada uno de esos servicios

(…)

De todos modos, tampoco es del todo cierto que la Fundación haya obviado todo requisito de solvencia para los servicios de auxiliares de sala. En efecto, en la Cláusula Particular 4.1.4.a) se requiere una “relación de los principales servicios realizados en los últimos tres años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato”. Por tanto, en la medida en que la Cláusula Particular 11 (Objeto del Contrato) establece que “el objeto del Contrato es la prestación (...) de los servicios de Seguridad y Vigilancia y Auxiliares de Sala, así como el transporte de caudales”, para cumplir con este requisito de solvencia, los licitadores no sólo deben acreditar haber realizado tres trabajos de seguridad y vigilancia, sino también los propios de auxiliares de sala y de transporte de caudales.

En definitiva, todos los criterios de solvencia técnica que la Fundación ha incluido en los pliegos tienen una clara relación con los servicios objeto de contratación, son proporcionados y están justificados, bien por tratarse de requisitos que impone la ley, o bien porque sirven para verificar que el licitador que finalmente vaya a prestar los servicios

cuenta con las habilitaciones administrativas, los recursos técnicos y la experiencia necesarias para ello.

Por tanto, no es posible considerar que el requisito de solvencia analizado es desproporcionado o que no guarda relación con el objeto del contrato, por lo que ha de desestimarse este motivo de impugnación.

4.- La asociación recurrente argumenta la existencia de desproporción por la inclusión de un certificado que acredite la propiedad de al menos un centro de operaciones de seguridad (S.O.C.), lo que entiende limita la libre concurrencia y, en concreto afirma que:

“(....) El Centro de Operaciones de Seguridad al que se hace referencia en el epígrafe ni es una actividad privada, ni es exigible ni obligatorio para una empresa de seguridad ni tiene relación con el objeto del presente contrato, máxime si se tiene en cuenta que el propio Museo dispone de una CENTRAL RECEPTORA DE ALARMAS DE USO PROPIO Y MANEJO DE LOS EQUIPOS DE VIGILANCIA CENTRALIZADOS O COMPLEMENTARIOS POR CIRCUITO CERRADO DE TELEVISIÓN Y OTROS SISTEMAS ELECTRÓNICOS DE SEGURIDAD (...)”

(...) En consecuencia, la exigencia de tener un S.O.C. en propiedad como acreditativo de valoración técnica y no valorar el que se pueda tener contratado con un proveedor especializado y de prestigio, si hubiera necesidad de ello, que no es el caso, ya que no tiene relación con el objeto del contrato.

Además de todo lo expuesto la certificación de acreditar tener un S.O.C. en propiedad es totalmente desproporcionada y claramente limitadora de la competencia. Por todo ello tal certificación debe ser declarada nula de pleno derecho.”

Frente a esta alegación, el órgano de contratación señala que:

“La Fundación solicita un servicio de seguridad integral y para ese servicio necesita que la empresa cuente con un Centro de Operaciones de Seguridad. No contar con ello pondría en peligro y dejaría sin ningún valor todo el esfuerzo que en los últimos años está realizando la Fundación para garantizar su seguridad informática. En efecto, según informa el área de

tecnología de la Fundación, el servicio de seguridad objeto de contratación se prestará haciendo un uso intensivo de equipamiento tecnológico tanto hardware como software, con conectividad entre ellos y desde fuera de las oficinas de la Fundación. Este equipamiento incluye equipos de carácter ofimático como ordenadores de sobremesa, pero sobre todo equipamiento específico de seguridad como servidores bases de datos y aplicaciones que gestionan hardware como: sensores, alarmas, cámaras y otros; claramente específicos del servicio de seguridad. Este tipo de equipamiento en los últimos años llevan software embebido que permite ofrecer funcionalidades e inteligencia como puede ser de tratamiento de imágenes directamente en el dispositivo sin necesidad de un servidor. Todo este equipamiento, al estar conectado, está expuesto a ciberataques de carácter general, pero también de carácter específico, es decir dirigido a un equipo específico de seguridad como puede ser una cámara o un software de control de accesos. Es esta especificidad de los equipos informáticos que directamente son utilizados en la gestión del servicio objeto de contratación, lo que justifican la necesidad de que el contratista disponga de un SOC propio con equipamiento y personal especializados en la protección y supervisión de equipamiento informático (hardware software y telecomunicaciones) específicos de la Seguridad. Al tratarse de equipamiento e información sensible su ciberseguridad debe estar asegurada por la misma empresa que presta el servicio. Además, que una empresa de seguridad cuente ya con un SOC propio es un indicador claro del conocimiento y compromiso de esa empresa con los riesgos actuales que suponen los ciberataques para la integridad de equipos e información. La exigencia de un SOC propio no guarda, por otro lado, relación alguna con el hecho de que el Museo cuente con una central receptora de alarmas propia. El recurso hace una comparación entre la exigencia del SOC como requisito de solvencia y el Plan Central de Recepción de Alarma (ACRA) como criterio de valoración, sólo para afirmar que el SOC es algo ajeno a las empresas de seguridad – afirmación que, por otro lado, carece de todo fundamento– a diferencia de la exigencia de un Plan Central de Recepción de Alarma (ACRA) que la recurrente sí reconoce como algo propio de una empresa de seguridad, y que acepta que se solicite como criterio de valoración. Sea dicho con todo respeto, esa afirmación vaga parece encaminada a confundir sobre las funcionalidades de un SOC y una Central Receptora de Alarmas y dar a entender que se solicita lo mismo a la vez, para participar y como criterio de valoración. Rogamos no se confundan ambos términos.

La exigencia de un SOC propio guarda perfecta relación con los servicios a contratar, tal y como ya se ha expuesto, ya que en los servicios de seguridad y vigilancia el Contratista utilizará equipos expuestos a ciberataques y es esencial para la Fundación que el contratista cuente con todos los medios apropiados para evitar dichos ciberataques en algo tan sensible como la seguridad de su Museo, aunque la Fundación es consciente de que nada garantiza la seguridad plena. Que empresas como la que actualmente presta el servicio a la Fundación haya sufrido en el pasado un ciberataque no es razón suficiente para que la Fundación deje de solicitar a las empresas licitadoras los mejores medios para evitarlo, como es contar con un SOC propio.

Para resolver este concreto motivo de impugnación, debemos acudir a los términos en los que los pliegos imponen dicho requisito de solvencia.

Así, la cláusula 4.1.4.d) PCAP impone la aportación de:

“Certificado que acredite la propiedad de al menos 1 Centros de Operaciones de Seguridad (SOCs), no externalizados. Un Centro de Operaciones de Seguridad (COS), (SOC en inglés) es una central de seguridad informática que previene, monitorea y controla la seguridad en las redes y en Internet. Los servicios que presta van desde el diagnóstico de vulnerabilidades hasta la recuperación de desastres, pasando por la respuesta a incidentes, neutralización de ataques, programas de prevención, administración de riesgos y alertas de antivirus informáticos.”

A juicio de este Tribunal la exigencia de la propiedad de un Centro de Operaciones de Seguridad, constituye un requisito de solvencia desproporcionado, al requerir que todas las empresas que quieran participar en la licitación tengan ya, con anterioridad a la presentación de solicitudes, en propiedad un Centro de Operaciones de Seguridad.

En el supuesto examinado, los argumentos ofrecidos por el órgano de contratación no permiten entender que el requisito de solvencia técnica requerido cumple con los parámetros de proporcionalidad exigidos, ya que no se justifica que el disponer en propiedad del centro resulte imprescindible para garantizar la adecuada prestación del contrato, de forma que dicha exigencia no garantiza el cumplimiento de los principios rectores de la contratación administrativa, en especial, ser un campo abierto a la máxima

conurrencia competitiva garante de los principios de legalidad y no discriminación entre los licitadores (artículo 1 y 132 de la LCSP).

La obligación de disponer en propiedad de dicho centro como requisito de solvencia técnica, aun cuando se pudiera considerar adecuado para garantizar la correcta prestación del contrato, resulta manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, en propiedad o en virtud de otro título.

Por tanto, procede la estimación del recurso en este punto.

5.- Finalmente, la recurrente alega desproporción en incluir como criterio de valoración el disponer de al menos 2.000 empleados de seguridad privada en la Comunidad de Madrid, teniendo en consideración, como se alega por la parte que, el servicio de vigilancia y seguridad que se presta actualmente en el Museo según la lista de vigilantes afectados por la subrogación es de 25 vigilantes de seguridad.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo señala:

“Por último, la recurrente fundamenta su recurso en la supuesta desproporción en la solicitud de, al menos, dos mil empleados de seguridad privada en la Comunidad de Madrid como si ello fuera un requisito de solvencia técnica o profesional (Cláusula Particular 4.1.4) cuando, sin embargo, en el pliego claramente se establece como un criterio de valoración de las ofertas técnicas (Cláusula Particular 4.3.1).

Debemos aclarar, por tanto, que no contar con, al menos, 2.000 empleados de seguridad privada en la Comunidad de Madrid no determina la inadmisión de los licitadores, en contra de lo que sugiere la recurrente. No se produce, por tanto, ninguna restricción de la libre competencia, sino que únicamente la Fundación considera que disponer del mayor número de personal en la Comunidad de Madrid merece una mejor valoración ya que existe una relación directa entre el número total de empleados y la capacidad de puesta a disposición de personas para cubrir necesidades urgentes, vacantes o bajas por vacaciones o médicas. Ese criterio de valoración tiene, además, un impacto muy limitado, sólo cuatro (4) puntos de los cien (100) posibles.

Dentro de los criterios de valoración evaluables objetivamente, la cláusula 6.2 b).2) PCAP establece:

“Relación de medios humanos a disposición del servicio (4 puntos). La Fundación valorará con 4 puntos las propuestas que acrediten la disposición de 2.000 empleados de seguridad privada en la Comunidad de Madrid para la ejecución del contrato.”

Pues bien, expuestas las posiciones de las partes, asiste la razón a la asociación recurrente cuando considera desproporcionado el criterio de valoración- disponer de más de 2.000 empleados de seguridad privada en la Comunidad de Madrid-, para el contrato de servicio de vigilancia y seguridad que se presta con un total de 25 vigilantes de seguridad (Fundamento de Derecho Quinto, apartado XIII).

Aunque ocasionalmente se pueda necesitar un reforzamiento de los servicios, resulta patente la amplia desproporción entre la plantilla actual y la establecida como criterio de valoración; 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”*.

Dicho criterio de valoración contraviene lo dispuesto en el artículo 145.5 LCPS, cuando establece que:

“5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”

Por otra parte, dicho criterio nada aporta en relación con la determinación de la calidad de la oferta, al referirse más a las características de las empresas licitadores, aspectos que sólo son aceptables como criterio de solvencia.

Recordemos que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera), de 24 de enero de 2008 (Asunto C-532/06, Lianakis y otros), declaró que *“se excluyen como ‘criterios de adjudicación’ aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”*.

Asimismo, aun cuando se vinculara de algún modo a la oferta, como valoración de mayores medios ofertados, el disponer de esa plantilla en la Comunidad de Madrid, otorgaría una preferencia a la empresa con arraigo territorial en dicha Comunidad, asimilándose tal exigencia a una limitación a la concurrencia.

Cierto es que el órgano de contratación justifica dicho criterio a fin de asegurar la pronta respuesta y disponibilidad de recursos para cubrir necesidades urgentes, vacantes o bajas por vacaciones o médicas, sin embargo resulta innecesario establecer ese criterio de valoración cuando la LCPS contempla otro medio de garantía de disponibilidad de los medios adscritos al contrato para su correcta ejecución en el artículo 76.2 LCPS cuando dispone:

“2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a



los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.”, compromiso que se integrará en el contrato, pudiendo los pliegos atribuirles el carácter de obligaciones esenciales o establecer penalidades para el caso que se incumplan por el adjudicatario.

En consecuencia, el criterio de valoración examinado ha de ser anulado sin perjuicio de que pueda exigirse de modo razonablemente vinculado al objeto del contrato, el compromiso de adscripción de los medios que sean necesarios para su correcta ejecución, con las consecuencias reseñadas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto D. F.J.G.E., en representación, como presidente, de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPAÑÍAS PRIVADAS DE SEGURIDAD contra los pliegos de la licitación convocada por la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza para contratar los “*Servicios de seguridad y vigilancia y auxiliares de sala para la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, F.S.P.*”, Expediente MTB047/19, con anulación de las cláusulas impugnadas en los términos señalados en los Fundamentos Sexto y Séptimo de esta resolución .

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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.