



Recurso nº 089/2011

Resolución nº 130/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 27 de abril de 2011

VISTO el recurso interpuesto por Don. R.R.V., en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD INTEGRAL con fecha 5 de abril de 2011, contra el pliego de prescripciones técnicas aprobado para regir la adjudicación y ejecución del contrato de servicios de vigilancia no armada y seguridad, servicios de mantenimiento de cámaras y servicios auxiliares complementarios en los Edificios del Instituto Cervantes situados en Madrid: C/Alcalá, 49 y C/Barquillo 6 –planta de calle y piso 1º derecha- y en Alcalá de Henares: C/Libreros, 23; y de servicios de recepción y atención al público en el edificio situado en Madrid, C/Alcalá, 49, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección de Administración del Instituto Cervantes convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado de 16 de marzo de 2011 licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de servicios antes mencionado, con un presupuesto de licitación por importe de 2.407.200,- €

Segundo. Contra el pliego de prescripciones técnicas aprobado para regir la contratación de los servicios indicados ha interpuesto recurso el día 5 de abril de 2011 la Asociación de Empresas de Seguridad Integral, a través de su representante, en el que tras invocar las consideraciones que entiende fundamentan su derecho solicita se declare la nulidad de determinadas cláusulas del mismo, así como que se suspenda la tramitación del procedimiento hasta que se proceda a la resolución del presente recurso.

Tercero. El Tribunal en resolución de fecha 15 de Abril de 2011 acordó conceder la suspensión solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, calificado por el recurrente como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Mantiene el órgano de contratación en su informe la extemporaneidad del presente recurso, toda vez que ha sido interpuesto una vez transcurrido el plazo de quince días a partir de la fecha de publicación en el perfil de contratante del pliego impugnado.

Con respecto de esta cuestión el Tribunal ya se ha pronunciado en resolución de 9 de febrero de este año, dictada en el recurso número 58 de 2010, en la que se pone de manifiesto, en relación con el cómputo del plazo para interponer el recurso contra los pliegos, lo siguiente: “La cuestión que se suscita aquí es la de determinar el momento a partir del cual debe computarse el plazo establecido en el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público para la interposición del recurso especial en materia de contratación, según el cual éste será de *“quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”*, añadiendo en su apartado a) que *“cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 142 de esta Ley”*. Así, de acuerdo con el citado artículo 142 habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario no se facilita el acceso por dichos medios”.

Puesto que el acceso a los pliegos a que se refiere el presente recurso se ha facilitado por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante del Instituto Cervantes, debe entenderse que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar

a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a) se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al otro supuesto.

Concretamente el citado precepto dice que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”*. La aplicación de este precepto en relación con el 314.2 nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede coincidir o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Precisamente por ello, debe entenderse con respecto a aquellos supuestos en que los pliegos y demás documentación complementaria se haya puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante o de la Plataforma de Contratación del Estado debe procederse a la aplicación analógica del citado precepto. Así lo declara este Tribunal en la resolución antes mencionada al decir que ante la imposibilidad *“de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos”*.

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo toda vez que entre la fecha de conclusión del establecido para presentar las ofertas (31 de marzo) y la de interposición del recurso (5 de abril) no

han transcurrido los quince días hábiles a que se refiere el artículo 314.2 de la Ley de contratos del Sector Público.

Tercero. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello y contra acto recurrible en esta vía.

Cuarto. Son diversos los motivos de impugnación esgrimidos por la asociación empresarial recurrente en relación con el pliego de prescripciones técnicas e, indirectamente, contra el de cláusulas administrativas particulares, según se verá.

La primera de ellas se refiere a la exigencia contenida en la prescripción 5 que se refiere a los criterios de adjudicación del contrato. Ante todo, debe hacerse constar que dicha condición, por su contenido, debería estar incluida en el pliego de cláusulas administrativas particulares. No obstante, incluirla en el pliego descriptor de las características técnicas de la prestación contractual, si bien es una irregularidad, evidentemente es irrelevante con respecto de la validez de su contenido, debiendo considerarse como una ampliación de la cláusula 6 del pliego de cláusulas administrativas particulares y del apartado I del cuadro resumen que acompaña al mismo.

En concreto con respecto de los criterios de adjudicación contenidos en la condición mencionada la asociación recurrente impugna, en primer lugar, la exigencia de aportación por los licitadores de una póliza de seguro de responsabilidad civil cuyo importe debe ser como mínimo de la cuantía del presupuesto de licitación, es decir 2.407.200,- €.

A tal respecto, el pliego indica que *“las ofertas deberán incluir un seguro de responsabilidad civil que cubra los riesgos derivados de la realización de los servicios objeto del presente pliego, con un capital asegurado mínimo por un importe igual al presupuesto de licitación. No podrá ser admitida a licitación la empresa que no presente póliza de responsabilidad civil o cuyo capital asegurado sea inferior a la cuantía solicitada”*. Con respecto de esta exigencia la recurrente aduce, en primer lugar, que se trata de un requisito de solvencia adicional que no es admisible desde el punto de vista legal puesto que se exige a las empresas licitadoras que estén debidamente clasificadas, y, en segundo lugar, que no puede ser utilizado como criterio de adjudicación por guardar relación directa con el objeto del contrato.

Con respecto del primer motivo de impugnación mencionado este Tribunal entiende que la exigencia de la póliza en cuestión puede jugar un doble papel en el ámbito de la contratación del sector público. En primer lugar, puede ser entendida, tal como hace la recurrente, como una exigencia de solvencia patrimonial adicional y, en segundo, como una garantía adicional para el caso de que la empresa incurra en responsabilidad como consecuencia de la ejecución del contrato.

Evidentemente, como un requisito de solvencia solamente puede ser exigida en aquellos casos en que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (*“Si, por una razón justificada, el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación”*), lo cual excluye de forma implícita aquellos casos en que, como en el presente, deba exigirse clasificación. En efecto, el artículo 51.1 de la citada Ley, dispone que *“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”*, exigencia que, para el caso presente, se contiene en el artículo 54.1 de la misma.

En consecuencia, si la clasificación sustituye la acreditación de solvencia a través de los medios establecidos en los artículos 64 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público, es evidente que la referencia a la posibilidad de exigir medios adicionales para su acreditación cuando sea exigible la clasificación no es posible desde el punto de vista de legal. Entendida en tales términos resulta claro que no cabe exigir la suscripción de pólizas de seguro que tengan como finalidad acreditar la solvencia financiera o económica de las empresas en aquellos casos en que sea legalmente exigible la clasificación.

En el caso de que la póliza de responsabilidad civil tenga como finalidad garantizar las responsabilidades derivadas de la ejecución del contrato, su exigencia entrará en conflicto con lo dispuesto en el artículo 83 de la ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con el cual *“los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas*

en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.[...] En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas que, además de la garantía a que se refiere el apartado anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del precio del contrato”.

Este precepto claramente impone cuáles son las cuantías máximas exigibles para la prestación de las citadas garantías que en, ningún caso, pueden exceder del diez por ciento del precio del contrato. No aclara la Ley qué debe entenderse por precio del contrato, pero claramente se desprende de la redacción del artículo transcrito que se refiere al presupuesto o precio ofertado por el adjudicatario.

Por otra parte, la Ley contiene otro requisito para la exigencia de la garantía indicada consistente en que sólo es exigible a quienes hayan presentado la oferta económicamente más ventajosa y, tengan por ello, la expectativa de llegar a ser adjudicatarios del contrato.

El pliego de prescripciones técnicas objeto del presente recurso establece que la póliza de responsabilidad civil exigida en su cláusula 5 deberá cubrir *“cubra los riesgos derivados de la realización de los servicios objeto del presente pliego”*, lo cual sin necesidad de mayores justificaciones alude claramente a la idea de que la exigencia de la citada póliza tiene por objeto reforzar la garantía definitiva a que se refiere el artículo 83 de la Ley de Contratos del Sector Público a que antes nos hemos referido. Por si ello no fuera suficiente, el artículo 88 de la tantas veces referida Ley dispone en su letra b) que la responsabilidad de la garantía definitiva alcanza a *“la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución”*, o lo que es lo mismo a los riesgos derivados de la realización de los servicios objeto del contrato.

Así las cosas, entiende el Tribunal que la póliza de responsabilidad exigida en el caso presente cumple exactamente la misma finalidad que la garantía definitiva pero sin cumplir el requisito de limitación de su cuantía ni el de exigirla tan sólo al que haya de resultar adjudicatario del contrato que como acabamos de comprobar se establecen el al artículo 83 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, por lo que debe entenderse como una exigencia no ajustada a la Ley y por este motivo debe ser excluida de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

No quiere con esto decirse que en ningún caso sea admitida la posibilidad de que los órganos de contratación exijan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la suscripción de pólizas de seguro con la finalidad de garantizar determinados daños que se puedan sufrir por el órgano de contratación o por terceras personas como consecuencia de la ejecución de un determinado contrato. Por el contrario, tal posibilidad existe cuando se trata de contratos que tengan por objeto prestaciones que impliquen un especial riesgo de que sufran daños las personas o las cosas, en este último caso, de modo muy especial las que constituyan el objeto mismo de la prestación. Tal sería el caso de transporte o restauración de obras de arte o de otros similares, en los que por la propia naturaleza del contrato surge el riesgo cierto de pérdida de la cosa o de daños a terceras personas. Nada impide en tales casos que el órgano de contratación imponga como condición de ejecución la suscripción de una póliza de seguro que tenga por objeto cubrirlo del riesgo de pérdida o de responsabilidad frente a terceras personas. No es necesario, para ello, que la Ley se pronuncie de modo expreso sobre esta cuestión. Basta con la interpretación lógica de la misma. Sin embargo, esta misma interpretación debe llevarnos a considerar que fuera de aquellos casos en que, como los mencionados, lo exija la propia naturaleza de la prestación, la exigencia de tales pólizas no puede considerarse admisible, pues para responder de la correcta ejecución del contrato y demás gastos y daños en que pueda incurrir la Administración por esta causa, debe bastar la garantía definitiva exigida en la Ley.

Aplicando este criterio al caso contemplado debe indicarse que no se desprende de la documentación remitida cuáles son o pueden ser la causas que justifiquen exigir una garantía excepcional para cubrir las responsabilidades derivadas de la ejecución del servicio objeto del contrato, especialmente teniendo en cuenta que éste se refiere a la

vigilancia sin armas, lo cual de modo claro excluye el supuesto en que mayor riesgo de responsabilidad frente a terceros podría surgir para el Instituto Cervantes. Consecuentemente con ello, debe concluirse que, salvo que en el expediente de contratación se aporte justificación suficiente que permita la exigencia de esta garantía excepcional dejando claras las razones por las que, a diferencia de otros contratos similares, en éste debe establecerse tal exigencia, ésta debe considerarse no ajustada a lo dispuesto en el artículo 83 de la ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. Impugna, además, la recurrente esta exigencia de póliza de seguro de responsabilidad civil en cuanto se refiere a su utilización como criterio de adjudicación del contrato por entender que no guarda la debida relación directa con el objeto del contrato.

A este respecto, el Tribunal no puede por menos que reconocer la razón que asiste a la recurrente toda vez que el artículo 134.1 de la ley de Contratos del Sector Público establece que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”*, enumerando a continuación una serie de ellos, que aunque no debe considerarse exhaustiva pues termina con una referencia a *“otros semejantes”*, es evidente que debe servir de pauta para determinar cuáles deben ser estos otros criterios. En tal sentido, los criterios a que alude la Ley en el artículo citado, presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación (calidad, precio, cantidad, plazo de ejecución, coste de utilización o rentabilidad técnica). Dentro de las características comunes a estos ejemplos no encaja ciertamente la mayor o menor garantía ofrecida para cubrir las responsabilidades derivadas de la prestación del servicio, pues, respecto de éstas, lo exigible es que no se produzcan y, en definitiva, lo que debe valorarse para adjudicar el contrato es que tales responsabilidades de conformidad con las características de la oferta formulada no llegarán a producirse.

En esta misma línea cabe decir que, si se cumplen las condiciones a que se ha aludido en el apartado anterior de esta resolución, puede exigirse como condición de ejecución la constitución de la póliza de seguro tantas veces mencionada. Sin embargo, con respecto de su cuantía lo razonable es fijarla en función del criterio de los órganos técnicos adecuados. Lo que no es razonable es establecer una especie de subasta al alza

respecto de la misma que llevaría casi con toda seguridad a valorar ofertas de cobertura que no guarden relación con las verdaderas necesidades del órgano de contratación.

Resulta de lo antedicho que también en cuanto a este extremo procede estimar el recurso.

Sexto. El pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas contemplan como criterios de adjudicación dos circunstancias que han sido, asimismo, objeto de impugnación por parte de la recurrente. Se trata de la valoración de la tenencia o no de un centro de formación del personal por parte del licitador y de la mayor o menor estabilidad en el empleo de la plantilla del mismo.

Ambas circunstancias incumplen, según el juicio de este Tribunal, el requisito de estar directamente vinculadas al objeto del contrato, siéndoles de aplicación las mismas consideraciones que con anterioridad se han hecho con respecto de la valoración del importe de la póliza de responsabilidad civil en los términos antedichos. Por lo que respecta a la titularidad o no de un centro de formación por parte del licitador es algo que ya está exigido por la legislación específica del sector tal como la asociación empresarial reclamante pone de manifiesto en su escrito de interposición, pero que no afecta, según el criterio de este Tribunal, a la mayor o menor calidad de la prestación del servicio, por ser una exigencia general para todas las empresas del sector. Por otra parte, el hecho de valorar con mayor puntuación que el centro de formación sea de la titularidad de la empresa licitadora o simplemente lo tenga a su disposición en virtud de algún otro título jurídico, es absolutamente irrelevante para la prestación del servicio y no debe valorarse como criterio de adjudicación.

Cuestión similar es la relativa a la estabilidad en el empleo. Este requisito se exige con respecto a la plantilla de la empresa no con relación a los trabajadores de la misma que vayan a realizar la prestación objeto del contrato, respecto de los cuales existe además la obligación de subrogarse y, por tanto, el requisito de estabilidad en el empleo ya resulta implícito en ella. Está claro que en tales circunstancias no puede considerarse que este criterio de estabilidad cumpla los requisitos del artículo 134.1 de la ley de Contratos del Sector Público antes mencionados y por tanto no puede ser incluido como tal en los pliegos.

Séptimo. Corresponde asimismo referirse a la impugnación del criterio de adjudicación relativo a la titularidad de una central de alarmas, última de las alegaciones hechas por la recurrente. El pliego de prescripciones técnicas establece en la condición 5 que las ofertas deberán indicar la disponibilidad de un central de alarmas de 24 horas, con expresión del coste que haya de representar para el Instituto la conexión a ella. Como consecuencia de ello establece un criterio de valoración mixto atribuyendo distinta puntuación según que la Central sea propiedad del licitador, tenga la mera disponibilidad de la misma o simplemente no disponga de central de alarmas. Con independencia de ello, establece una puntuación en función del coste de conexión a la central.

Respecto de éste último criterio de valoración, nada hay que objetar, toda vez que reúne con claridad los requisitos exigidos en el artículo 134.1 de la ley de Contratos del Sector Público.

Cosa diferente, por el contrario, es lo que se desprende de la fórmula establecida para valorar la disponibilidad de la central de alarmas. La diferenciación entre el hecho de ser propietario de la central, en cuyo caso se atribuyen doce puntos, o tener la mera disponibilidad por título distinto al de propiedad en cuyo caso se atribuyen sólo cinco, es a todas luces irrelevante a efectos de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa. Tal circunstancia dependerá del precio o de las condiciones en que se preste el servicio, pero en ningún caso en función de qué título jurídico atribuya al adjudicatario la disponibilidad de la central de alarmas. El título solamente será relevante para garantizar que el posible adjudicatario puede disponer sin limitaciones inadecuadas de ella, pero asegurado esto, cosa que debe hacerse mediante la aportación de la documentación pertinente, no tiene más influencia en la prestación del servicio. Se desprende de ello que, salvo en lo relativo a la valoración del coste de conexión a la central de alarmas, tampoco este criterio de adjudicación se ajusta en su totalidad a la exigencia legal toda vez que no guarda la debida relación directa con el objeto del contrato.

Por último debe indicarse que es improcedente también la posibilidad prevista en cuanto a la valoración con cero puntos de la no disponibilidad de una central de alarmas toda vez que siendo la prestación del servicio anejo a la misma uno de los servicios que componen

el objeto del contrato, la falta de disponibilidad debe acarrear la exclusión de la licitación por imposibilidad manifiesta de cumplirlo.

Octavo. Cabe, para terminar, hacer una consideración respecto de la argumentación que hace la recurrente en relación con la imposibilidad legal de admitir las ofertas provenientes de empresas que no sean titulares de centrales de alarmas. A juicio de la asociación empresarial que interpone el presente recurso, las empresas de seguridad sólo pueden contratar la prestación de los servicios para los que están habilitadas. En consecuencia, si no poseen como titulares la correspondiente central de alarmas no pueden tener la habilitación pertinente y, por tanto, no podrán concurrir a una licitación en que este servicio se incluya en el objeto del contrato. Olvida, sin embargo, la recurrente que no existe obstáculo legal alguno para que, sea mediante subcontratación, sea mediante unión temporal de empresas, a constituir en ambos casos si la empresa licitadora resultara adjudicataria, podría completarse la exigencia de habilitación. En todo caso, naturalmente, tanto el compromiso de subcontratación como el de unión temporal de empresas debería hacerse explícito en la documentación presentada junto con la oferta.

No procede por tanto tener en cuenta esta alegación de la recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Don. R.R.V., en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD INTEGRAL con fecha 5 de abril de 2011, contra el pliego de prescripciones técnicas e indirectamente contra el de cláusulas administrativas particulares aprobados para regir la adjudicación y ejecución del contrato de servicios de vigilancia no armada y seguridad, servicios de mantenimiento de cámaras y servicios auxiliares complementarios en los Edificios del Instituto Cervantes situados en Madrid: C/Alcalá, 49 y C/Barquillo 6 –planta de calle y piso 1º derecha- y en Alcalá de Henares: C/ Libreros, 23; y de servicios de recepción y atención al público en el edificio situado en Madrid, C/Alcalá, 49, que se declaran nulos en lo relativo a la prescripción 5

del primero de ellos y a la cláusula 6 y apartado I del cuadro resumen que acompaña al segundo en cuanto establecen los criterios de adjudicación, de los que deberán suprimirse,

a) La exigencia de una póliza de seguro de responsabilidad civil salvo que razones suficientemente fundadas y expresadas en el expediente de contratación la justifiquen, así como la valoración que de la cuantía de la cobertura se hace.

b) La valoración asignada a la titularidad o disponibilidad de un centro de formación para el personal y la mayor o menor estabilidad en el empleo del mismo.

c) La valoración asignada a la titularidad o no de una central de alarmas, sin perjuicio de mantener como criterio de valoración de la oferta el coste de prestación de este servicio.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.