



Recurso nº 337/2011

Resolución nº 16/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 13 de enero de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.R.V en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Seguridad Privada Integral (AESPI en adelante) contra los pliegos que establecen las condiciones que han de regir la contratación del “Servicio de vigilancia y seguridad en los edificios del Ministerio de Ciencia e Innovación”, expediente número 2011/00865, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Subsecretaría del Ministerio de Ciencia e Innovación anunció la licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación del servicio de vigilancia y seguridad de determinados edificios, los días 25 y 27 de octubre de 2011, a través de la Plataforma de Contratación del Estado y del Boletín Oficial del Estado, respectivamente.

Se señala en el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares que el valor estimado es de 3.647.042 euros y que el contrato no está sujeto a regulación armonizada.

Segundo. Contra el mencionado pliego AESPI interpuso recurso especial dirigido a este Tribunal mediante escrito presentado, el 12 de noviembre de 2011, en el registro general del Ministerio de Economía y Hacienda sito en la C/ Alcalá nº 9 de Madrid, teniendo entrada dicho recurso en el Tribunal Económico Administrativo Central el 12 de diciembre de 2011 y posteriormente, el 23 de diciembre de 2011, en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Con fecha 26 de diciembre de 2011, previo requerimiento de este Tribunal al órgano de contratación de 23 de diciembre, se recibió el correspondiente expediente acompañado del oportuno informe.

Tercero. La Secretaría del Tribunal, el 30 de diciembre de 2011, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado este trámite por las interesadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuadro resumen que establecen las condiciones que han de regir la contratación del servicio de vigilancia y seguridad en los edificios del Ministerio de Ciencia e Innovación, correspondiendo a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 311.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), hoy artículo 41.1 del vigente, desde el 16 de diciembre, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que ha derogado y sustituido a la Ley 30/2007, al integrarse el Ministerio citado en el ámbito de la Administración General del Estado.

Segundo. El acto recurrido es el pliego de un contrato de servicios (incluido en la categoría 23 del Anexo II) cuyo valor estimado es de 3.647.042 euros, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310.1.a) y 2.c) de la LCSP (art. 40.1 y 2 TRLCSP).

Tercero. Ostenta legitimación activa la parte recurrente, siendo esta cuestión una de las ya resueltas por este Tribunal en su resolución 29/2011, de 9 de febrero de 2011, recurso 56/2010, al interponer recurso la misma entidad.

Cuarto. Antes de entrar a examinar el fondo del asunto, procede establecer si el escrito de recurso ha sido interpuesto en el plazo y lugar establecidos, de acuerdo con lo preceptuado al respecto en el artículo 314 de la LCSP (art. 44 TRLCSP).

Con respecto al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso debemos plantearnos si se ha cumplido en los términos previstos en el artículo 314 de la

LCSP (art. 44 TRLCSP). En efecto, de conformidad con el apartado 2, letra a) del mismo, *“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 158 de esta Ley”*.

En relación a esta cuestión el Tribunal ya se ha pronunciado en resolución de 9 de febrero de 2011, dictada en el recurso número 58/2010, 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, 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 -el 12 de noviembre de 2011-, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a) (art. 44.2 TRLCSP) se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la LCSP (art. 158 TRLCSP), 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 de la LCSP (art. 44.2 TRLCSP) 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 hayan 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 su fecha de presentación coincide con el día establecido como límite para la presentación de ofertas.

En cuanto al lugar de interposición del recurso, en contra de lo manifestado por el órgano de contratación en su informe, que entiende que el recurso no ha sido interpuesto en el registro de este Tribunal, procede afirmar que la recurrente sí interpuso el recurso especial en el registro del Tribunal. A estos efectos es preciso apuntar que, a la fecha de interposición del recurso -el 12 de noviembre de 2011-, el registro general del Ministerio de Economía y Hacienda sito en la C/ Alcalá nº 9 de Madrid -en el cual la recurrente presentó su recurso-, junto con el registro auxiliar del Ministerio de Economía y Hacienda sito en el Paseo de la Castellana nº 162 de Madrid -dirección del Tribunal-, operan como registros del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales a los efectos de computar el plazo de admisión del recurso, pues este Tribunal, de acuerdo con lo

dispuesto en el artículo 311.1 de la LCSP (art. 41.1 TRLCSP) se encuentra adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, teniendo los citados registros, general y auxiliar, del Ministerio la consideración de registro del Tribunal a los efectos establecidos en el artículo 314.3 de la LCSP (art. 44.3 TRLCSP).

En consecuencia, el recurso debe ser admitido en cuanto que ha sido interpuesto en el plazo y lugar previstos en la LCSP (ahora TRLCSP).

Quinto. La cuestión principal que se plantea en el recurso interpuesto se refiere a la posible vulneración de determinadas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que deben regir la contratación pública. Estas cláusulas son en concreto la 3.2 del pliego y el apartado 16 del cuadro resumen del pliego en cuanto a la exigencia como requisitos de solvencia técnica o profesional *“solo para empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea”*, de una relación de los principales servicios realizados en los tres últimos años, poseer delegación abierta en Madrid y A Coruña debiendo presentarse certificación expresa emitida por la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil y póliza de responsabilidad civil por un valor mínimo de 6.000.000 euros. La otra cláusula recurrida es el apartado 12 del cuadro resumen del pliego referido a los criterios de adjudicación, en concreto se impugnan el criterio referido a las mejoras, así como la valoración de un centro de formación propio.

Sexto. El informe del órgano de contratación, amén de la cuestión del lugar de interposición del recurso, ya resuelta, se limita a exponer que este Tribunal con motivo de su resolución 291/2011 -referida a este mismo expediente-, de 30 de noviembre de 2011, recurso 277/2011, en la cual desestimó el recurso interpuesto por la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A., confirmó la legalidad de los pliegos. A este respecto es necesario apuntar que no puede admitirse la afirmación del órgano de contratación, pues en la resolución citada el Tribunal se limitó a examinar, de acuerdo con el principio de congruencia contemplado en el artículo 317.2 de la LCSP (art. 47.2 TRLCSP), no el contenido de los pliegos sino las alegaciones de la recurrente en su escrito. Así las cosas, respecto de las alegaciones de OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. referidas a la cláusula 3.2 del pliego -impugnada aquí por AESPI- este Tribunal en su fundamento tercero no examinó el fondo de la cuestión sino que procedió a la inadmisión

del recurso en ese punto atendiendo a la falta de legitimación de la recurrente para impugnar la cláusula 3.2 del pliego, examinando únicamente en cuanto al fondo, en su fundamento cuarto, la cuestión relativa al precio de licitación.

En concreto, en relación con la cláusula 3.2 del pliego impugnada por OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A., y respecto de la cual se procedió a su inadmisión, la resolución 29/2001, antes citada, expone lo siguiente:

“Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente ha de reconocerse a la vista del artículo 312 de la LCSP. Al tratarse de un licitador se exige que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de este recurso. Se trata por ello de tutelar un interés real y material, y no un interés de legalidad.

En el presente supuesto la pretensión de anulación se articula en dos motivos. De un lado en una hipotética discriminación a los empresarios no españoles y de otro en lo reducido del precio. El interés del recurrente en la anulación de la discriminación a los empresarios no españoles es un interés de legalidad, en la medida en que la eventual estimación o desestimación del recurso en nada le afectaría a su esfera jurídica, dado que se trata de una sociedad española como resulta de su razón social y de su domicilio, ya que es una sociedad anónima con domicilio en la localidad de las Rozas. No pudiendo beneficiar ni perjudicar a la entidad recurrente la anulación de la discriminación denunciada, procede inadmitir su pretensión anulatoria, sobre la base de la discriminación, respecto de la cláusula 3.2. del pliego.

Se sostiene por el recurrente, página 6 del recurso, que dado que su accionista es Holandés se le causaría un perjuicio, pero no es cierto, ya que el artículo 8 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que “Serán españolas y se registrarán por la presente Ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido” y ello con independencia de la nacionalidad de los accionistas.

Inadmitida la legitimación para impugnar la cláusula 3.2 del pliego, continuamos con la impugnación del precio.”

Séptimo. La recurrente argumenta para sostener la anulación de las cláusulas del pliego y apartados del cuadro resumen del pliego antes citados, que las mismas vulneran los principios inspiradores de las normas por las que debe regirse el procedimiento de contratación citando los artículos 1 y 123 de la LCSP (ahora arts. 1 y 139 TRLCSP), así como diversa jurisprudencia y resoluciones de este Tribunal. En concreto manifiesta que se trata de condiciones de acceso tan restrictivas que afectan a la libre concurrencia generando restricción en el acceso a los procedimientos de licitación o provocando discriminación entre las empresas legalmente capacitadas para acceder a la prestación de un determinado servicio.

Por lo que se refiere a los requisitos de solvencia técnica exigidos en la cláusula 3.2 del pliego y el apartado 16 del cuadro resumen señala en particular que *“la exigencia de requisitos que pudieran calificarse de excesivos sólo constituye una expresión de ilícita restricción a la libre concurrencia”*. Entiende la recurrente que la exigencia de clasificación (apartado 17 del cuadro resumen: Grupo M, Subgrupo 2, Categoría D) impide la exigencia de determinados requisitos de solvencia técnica contenidos en el apartado 16 del cuadro resumen, limitando así su impugnación únicamente a tres de ellos:

- *“Relación de los principales servicios o trabajos realizados en los tres últimos años que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos.*
- *Los licitadores deben de poseer delegación abierta tanto en Madrid como en A Coruña, debiendo presentar para el procedimiento abierto, certificación expresa emitida por la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil (Unidad Central ed Seguridad Privada)*
- *Póliza aseguradora de responsabilidad civil, que cubra los daños personales, materiales y perjuicios a terceros, producidos por el personal de la empresa adjudicataria en el ejercicio de sus funciones. El valor mínimo de la póliza será de 6.000.000 euros”.*

Sin embargo la recurrente en su recurso obvia la referencia que el pliego hace para exigir los requisitos antes reproducidos solamente a los *“empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea”* pues entiende que son requisitos exigidos a todos los licitadores. Esta afirmación no puede ser compartida por este Tribunal, en cuanto que el

pliego es claro en su redacción, tanto en su cláusula 3.2 como en el apartado 16 del cuadro resumen se hace constar expresamente que se trata de requisitos de solvencia técnica o profesional exigibles sólo a empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea. Es cierto que entre esos requisitos se exige, sólo para esos empresarios, que estén “*debidamente registrados como empresas de seguridad en el Ministerio del Interior*”, requisito éste que opera como es conocido como habilitación exigible para realizar la actividad o prestación que constituye el objeto del contrato, en los términos previstos en el artículo 43 de la LCSP (art. 53 TRLCSP), y que por tanto debe de ser cumplido por todos los licitadores. No obstante lo anterior, aún cuando la habilitación antes citada es exigible a todos los licitadores, lo cierto es que el pliego lo exige únicamente para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, siendo en este sentido como ha de examinarse el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica impugnados por AESPI.

En cualquier caso, aún cuando no lo exija el pliego, lo cierto es que el adjudicatario del contrato, y en consecuencia los licitadores, en este procedimiento deberán disponer de la correspondiente habilitación para la prestación del servicio por exigirlo así tanto la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada como su Reglamento aprobado por Real Decreto 2364/1994. En este sentido, el artículo 7 de la Ley de Seguridad Privada establece en su párrafo 2º que para la prestación de los servicios y actividades de seguridad privada estas empresas deberán obtener la oportuna autorización administrativa por el procedimiento que se determine reglamentariamente e inscribirse en el Registro de Empresas de Seguridad que se lleva en el Ministerio del Interior. Añade en el párrafo 5º que la pérdida de alguno de los requisitos necesarios para obtener la autorización producirá la cancelación de la inscripción, que será acordada por el Ministro del Interior, en resolución motivada dictada con audiencia del interesado.

En cuanto a las empresas comunitarias el artículo 2.2 del Reglamento de Seguridad privada señala que las empresas de seguridad autorizadas para la prestación de servicios de seguridad privada con arreglo a la normativa de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea o de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, serán reconocidas e inscritas en el citado Registro una vez que acrediten su condición de empresa de seguridad y el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 5, 6 y 7 de este Reglamento. A tal efecto, se tendrán en

cuenta los requisitos ya acreditados en cualquiera de dichos Estados y, en consecuencia, no será necesaria una nueva cumplimentación de los mismos.

Finalmente, la Ley considera como infracción grave en su artículo 22 la realización de funciones que excedan de la habilitación obtenida por la empresa de seguridad o por el personal a su servicio, o fuera del lugar o del ámbito territorial correspondiente, así como la retención de la documentación personal.

A la vista de todo este conjunto de normas podemos llegar a la conclusión de que para el ejercicio de las actividades propias de la seguridad privada en España, por empresas españolas o comunitarias, es necesario obtener una autorización previa del Ministerio del Interior. Esta autorización funciona por tanto como título habilitante para el ejercicio de las citadas actividades con independencia de que el pliego incluya o no dicha exigencia.

A mayor abundamiento, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009, señala respecto del título habilitante a que se refiere el artículo 43.2 de la LCSP -art. 54 TRLCSP- (*“Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de al actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”*) que se trata de un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto, pues lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrae con quienes no ejercen la actividad en forma legal.

Octavo. Centrada la cuestión, procede examinar si, tal y como señala la recurrente, los requisitos de solvencia técnica exigidos en la cláusula 3.2 del pliego y en el apartado 16 del cuadro resumen *“para empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea”*, vulneran los principios inspiradores de las normas por las que debe regirse el procedimiento de contratación, en concreto los principios de igualdad, concurrencia y no discriminación.

En este sentido apuntar que, en contra de lo manifestado por la recurrente, es acertada la exigencia de solvencia -económica, técnica o profesional- en el pliego de cláusulas sólo para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, pues de acuerdo con el artículo 51 de la LCSP (art. 62 TRLCSP) los requisitos de solvencia exigidos en el pliego se sustituyen por el de la clasificación, cuando sea exigible de

conformidad con lo dispuestos en la LCSP, exigencia que para el presente caso se contiene en el artículo 54.1 de la LCSP (art. 65.1 TRLCSP), si bien el artículo 55 de la LCSP (art. 66 TRLCSP) para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea establece la exención de la exigencia de clasificación, sin perjuicio de la obligación de los mismos de acreditar su solvencia, evidentemente, en los términos previstos en la LCSP, la cual en su artículo 63 (art. 74 TRLCSP) exige que la misma se acredite por los medios previstos en los artículos 64 a 68 de la LCSP (arts. 75 a 79 TRLCSP), requisitos que además deben de figurar en el pliego de cláusulas y en el anuncio de licitación, deben ser determinados, han de estar relacionados con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos los licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no.

Pues bien, el primer motivo de impugnación esgrimido por la recurrente para impugnar los pliegos, la exigencia como requisito de solvencia técnica o profesional -para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea- de una *“Relación de los principales servicios o trabajos realizados en los tres últimos años que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos”*, no puede admitirse en cuanto que cumple con todas las condiciones antes descritas.

Noveno. Impugna también la recurrente, la siguiente exigencia como requisito de solvencia técnica o profesional -para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea-: *“Los licitadores deben de poseer delegación abierta tanto en Madrid como en A Coruña, debiendo presentar para el procedimiento abierto, certificación expresa emitida por la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil (Unidad Central ed Seguridad Privada)”*.

Sobre esta cuestión ya se se ha pronunciado este Tribunal en su resolución 29/2011, de 9 de febrero de 2011, recurso 56/2011, en la cual se admitía que no es necesario tener una delegación abierta con anterioridad a la fecha límite de presentación de las ofertas, requisito éste requerido en el pliego impugnado, sin perjuicio de que sí resulta exigible contar con la autorización necesaria para la apertura de la correspondiente delegación cuando así lo exija el objeto del contrato.

En concreto la citada resolución concluye señalando lo siguiente:

“SÉPTIMO. *La conclusión de todo lo anterior es que, tal como sostiene la recurrente, no es necesario tener una delegación abierta con anterioridad a la fecha límite de presentación de las ofertas pero, por el contrario, como sostienen el órgano de contratación y Prosegur, sí que será imprescindible contar con la autorización necesaria para la apertura de la correspondiente delegación cuando así lo exija el objeto del contrato. En este caso, el Reglamento de Seguridad Privada no lo exigiría a una empresa que no tuviera previamente delegación abierta, pero esto no quiere decir que, por la naturaleza de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato no sea necesario guardar una cercanía mínima con el lugar de la prestación y, por lo tanto, tener un establecimiento abierto en cada una de las provincias de que se trate. Esto no restringiría en modo alguno la igualdad y la concurrencia que deben informar toda licitación puesto que no se impediría licitar a empresas que no estuvieran implantadas en el territorio de la provincia o Comunidad autónoma en cuestión y, además, sería respetuoso con las exigencias propias de la prestación básica del contrato. En consecuencia la cláusula 8.10.8 del pliego deberá ser anulada pero no la 8.10.14 puesto que, en este contrato en concreto, sí será necesaria la apertura de las delegaciones para poder dar cumplimiento al objeto del mismo.”*

Visto lo anterior, procede estimar en este extremo el recurso, debiendo de suprimirse la exigencia en el pliego a los licitadores de poseer una delegación abierta en Madrid y A Coruña, sin perjuicio de que sí resulta exigible la correspondiente certificación acreditativa de la autorización para la apertura de delegaciones en las ciudades citadas.

Décimo. La recurrente impugna asimismo la exigencia -a los licitadores empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea- de una póliza de responsabilidad civil, por un importe mínimo de 6.000.000 de euros, como requisito solvencia técnica o profesional.

Como requisito de solvencia técnica o profesional, la póliza citada no resulta exigible en cuanto que el artículo 67 de la LCSP (art. 78 TRLCSP), referido a los medios de acreditar la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, no incluye la posibilidad de exigir una póliza de respionsabilidad civil.

Cuestión distinta sería su exigencia como requisito de solvencia económica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64.2 de la LCSP -art. 75.2 TRLCSP- (*“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”), si bien éste supuesto resulta aplicable a aquellos licitadores que no puedan acreditar la solvencia económica y financiera en los términos exigidos en el pliego, sin que resulte posible su exigencia -como es el caso- a todos los licitadores empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea que además deben de cumplir la solvencia económica y financiera en los términos exigidos en el pliego (cláusula 3.2 del pliego y apartado 15 del cuadro resumen).

En cualquier caso, sobre esta cuestión también se ha pronunciado este Tribunal en su resolución 130/2011, de 27 de mayo de 2011, recurso 89/2011, anulando la cláusula de su exigencia -como criterio de adjudicación- cuando la misma lo que pretende es reforzar la garantía definitiva y en el expediente no se justifica su exigencia.

Así, si la cuestionada póliza de responsabilidad civil tiene 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 LCSP (art. 95 TRLCSP), 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”*.

De acuerdo con la resolución 130/2011 *“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 cláusulas administrativas que rige la licitación ahora impugnada exige que todos los licitadores que sean empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea disponer de una *“Póliza aseguradora de responsabilidad civil, que cubra los daños personales, materiales y perjuicios a terceros, producidos por el personal de la empresa adjudicataria en el ejercicio de sus funciones. El valor mínimo de la póliza será de 6.000.000 euros”.*

Por los términos en que está redactada esta cláusula, la exigencia de la citada póliza parece tener por objeto reforzar la garantía definitiva a que se refiere el artículo 83 de la LCSP (art. 95 TRLCSP) a que antes nos hemos referido. El artículo 88 de la LCSP (art. 88 TRLCSP) 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, podría entenderse que la póliza de responsabilidad exigida en el caso presente cumple 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 en el artículo 83 de la LCSP (art. 95 TRLCSP), sería una exigencia no ajustada a la Ley y por este motivo tendría que ser excluida del pliego de cláusulas administrativas particulares y del cuadro resumen.

Ello no obstante lo expuesto anteriormente no significa, como ya se expuso en la citada resolución 130/2011, *“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.”

Sentado lo anterior, entiende este Tribunal que procede estimar el recurso, anulado la exigencia -a los licitadores empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea- como requisito de solvencia técnica o profesional de una póliza de responsabilidad civil, sin perjuicio de señalar que sí resultaría admisible exigir al adjudicatario esa garantía excepcional siempre que en el expediente de contratación se justificaran suficientemente las razones por las que debe de exigirse la misma a diferencia de otros contratos similares.

Undécimo. El apartado 12 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares contempla 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 en propiedad de un centro de formación del personal por parte del licitador y de las mejoras.

Por lo que respecta a la titularidad o no de un centro de formación por parte del licitador este Tribunal en su resolución 130/2011, de 27 de mayo de 2011, recurso 89/2011, se ha pronunciado indicando -de acuerdo con lo manifestado por el recurrente- que ello incumple el requisito exigido, en el artículo 134.1 de la LCSP (art. 150 TRLCSP), para los

criterios de adjudicación, estar directamente vinculado al objeto del contrato, declarándose así la nulidad de la citada cláusula.

En este sentido la resolución 130/2011 dispone lo siguiente: *“Ambas circunstancias (una de ellas es la tenencia o no de un centro de formación del personal por parte del licitador) 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”*.

De acuerdo con lo anterior, procede estimar en este punto el recurso y anular, como criterio de adjudicación, la propiedad de un centro de formación.

Duodécimo. En cuanto a la valoración de las mejoras, impugnada por la recurrente, el cuadro resumen del pliego en su apartado 12 establece que se valorará con un máximo de 15 puntos *“Presentar propuestas que, sin aumento de coste, puedan mejorar la calidad tanto del servicio como de los equipos”*.

A estos efectos, el recurrente manifiesta en su escrito que el citado criterio incumple lo dispuesto en el artículo 131 de la LCSP (art. 147 TRLCSP), refiriéndose en defensa de su pretensión a la resolución de este Tribunal de fecha 20 de julio de 2011, recurso 155/2011.

La cuestión que centra el debate consiste por tanto en la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse mejoras por los licitadores. Al respecto, es acertada la referencia del recurrente a la resolución 284/2011

de este Tribunal, de 20 de julio de 2011, en el recurso 155/2011, en la que señalamos que el artículo 131 de la LCSP (art. 147 TRLCSP) prevé la consideración como criterio de adjudicación de las mejoras siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea expresamente tal posibilidad. En tal caso se deberá indicar en el anuncio de licitación del contrato sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación, indicación que también ha de figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por así requerirlo el artículo 67 de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el cual también exige que se especifique en los pliegos los requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 134.1 de la LCSP (art. 150.1 TRLCSP), 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, debiendo garantizarse en todo caso el cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, así como no discriminación e igualdad de trato de los candidatos proclamados en los artículos 1 y 123 de la citada Ley.

En consecuencia, la introducción de mejoras como criterio de adjudicación exige su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o en su caso en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas. Así ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores, en la Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH, señalando asimismo que en cuanto a la valoración de las ofertas –lo que incluye evidentemente a las mejoras-, puede afirmarse que la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial, en su Sentencia de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis.

En este sentido la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado, en su informe 59/2009, de 26 de febrero, admite la existencia de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas

administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato.

En el presente caso la posibilidad de que los licitadores ofrezcan mejoras no solo no se indica en el anuncio de licitación, tal y como exige el artículo 131 de la LCSP (art. 147 TRLCSP), sino que tampoco se fijan en el pliego los requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas las mejoras, exigido por el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, tratar de valorar mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados, cuando además la posibilidad de que los licitadores ofrezcan mejoras no aparece indicada, supone una infracción del principio de igualdad, lo cual nos lleva a admitir la pretensión de anulación de la recurrente respecto del criterio de adjudicación aquí examinado.

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 D. R.R.V en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Seguridad Privada Integral contra los pliegos que establecen las condiciones que han de regir la contratación del “Servicio de vigilancia y seguridad en los edificios del Ministerio de Ciencia e Innovación”, expediente número 2011/00865, anulándose la cláusula 3.2 del pliego y el apartado 16 del cuadro resumen en lo que se refiere a la exigencia como requisitos de solvencia técnica o profesional, a los licitadores empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, de poseer delegación abierta en Madrid y A Coruña, así como disponer de una póliza de seguro de responsabilidad civil. Se anula igualmente el apartado 12 del cuadro resumen del pliego en cuanto a la utilización como criterios de adjudicación de la tenencia en propiedad de un centro de formación, así como el relativo a la valoración de las propuestas de mejora de la calidad del servicio y de los equipos. Se anula en consecuencia el procedimiento de contratación y, de haberse producido, la adjudicación

del contrato, siendo necesario convocar una nueva licitación en la que deba servir de base un nuevo pliego adaptado a los pronunciamientos de esta resolución.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la LCSP (art. 47.5 TRLCSP).

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo 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.