



Recurso nº 304/2012

Resolución nº 021/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 17 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.C.I., en representación de la mercantil EME COMPAÑÍA DE SEGURIDAD E INGENIERIA Y MANTENIMIENTO, S.L., contra el acuerdo del órgano de contratación, la Delegación del Gobierno en Cataluña de 15 de noviembre de 2012, por el que se acuerda la adjudicación del contrato de servicio de seguridad privada en varios edificios adscritos a la referida Delegación, a la empresa SABICO SEGURIDAD, S.A., procedente del expediente de *“contratación de servicio de seguridad privada a prestar en varios edificios adscritos a la Delegación del Gobierno en Cataluña, seguido por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria de referencia DGC 003/12”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Delegación del Gobierno en Cataluña convocó, mediante anuncio publicado en el B.O.E. de 4 de octubre de 2012, el siguiente procedimiento de contratación: *“La contratación de un servicio de seguridad y vigilancia en las distintas dependencias que ocupan la Delegación del Gobierno en Cataluña, la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, las Áreas Funcionales integradas y el Parque Móvil del Estado. Expediente: DGC 003/12”*. El contrato dispone una duración inicial de 2 años, un valor estimado de 1.298.068,24 € y un presupuesto base de licitación por importe neto de 649.034,12 €.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real

Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley.

Tercero. En la primera reunión de la mesa de contratación, celebrada el 23 de octubre de 2012, se procedió a la apertura del sobre nº 1 “documentación general” de las seis empresas licitadoras presentadas. La mesa examinó la documentación administrativa y acordó solicitar la subsanación de defectos apreciados en tres de las seis empresas concurrentes.

Cuarto. Con fecha de 26 de octubre de 2012, reunida la mesa de contratación con el fin de proceder a la apertura del sobre nº 2 “Referencias técnicas” y en relación con la empresa recurrente, el acta levantada expresa cuanto sigue: *“Presenta por registro en tiempo y forma la documentación requerida (certificado de clasificación actualizado y vigente en la fecha del último día de presentación de proposiciones) en el plazo de subsanación. Al acto de apertura de referencia técnicas, no asiste representante legal por parte de la empresa licitadora”.*

Ese mismo día y tal como se publicó en el anuncio en el BOE, se procede a la apertura del sobre nº 3 “Proposiciones económicas” y se levanta por la mesa de contratación la pertinente acta. Resulta significativa la puntuación dada en las referencias técnicas que obran como anexo I de dicha acta. A tal efecto, la mesa considera que ninguna proposición económica hecha por las licitadoras tiene el carácter de desproporcionada de acuerdo con el artículo 152 del TRLCSP y de la cláusula 20ª del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Quinto. En la referida fecha y así obra en el acta de 26 de octubre se asignan a las ofertas técnicas realizadas por las licitadoras concurrentes y siguiendo la fórmula incluidas en el pliego las siguientes puntuaciones:

VIGILANCIA INTEGRADA, SA	EULEN SEGURIDAD, SA	EME MANTENIMIENTO DE SEGURIDAD, SL	SABICO SEGURIDAD, SA	PYC SEGURIDAD CATALUÑA. SA	VIGILANCIA Y SISTEMAS DE SEGURIDAD,
---------------------------------	----------------------------	---	-----------------------------	-----------------------------------	--

					SA
42	42	44	47	37	47

Del mismo modo, la mesa de contratación en la reiterada acta constata por orden decreciente, el resultado obtenido, una vez integrada la oferta técnica con las proposiciones económicas realizadas por las licitadoras. Arroja los siguientes resultados:

Nº de orden de puntuación	Empresas licitadoras	Puntuación referencias técnicas	Puntuación propuesta económica	Puntuación total
1	SABICO SEGURIDAD, SA	47,00	47,26	94,26
2	VIGILANCIA Y SISTEMAS DE SEGURIDAD, SA	47,00	46,83	93,83
3	EME MANTENIMIENTO DE SEGURIDAD, SL	44,00	48,92	92,92
4	VIGILANCIA INTEGRADA, SA	42,00	47,93	89,93
5	EULEN SEGURIDAD, SA	42,00	47,37	89,37
6	PYC SEGURIDAD CATALUÑA, SA	37,00	50,00	87,00

De acuerdo con estos resultados, la mesa por unanimidad de sus miembros acordó proponer al órgano de contratación, a la empresa SABICO SEGURIDAD, S.A. como adjudicataria, por un precio de adjudicación de 760.330,68 €.

Sexto. El 15 de noviembre, el órgano de contratación dictó el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de seguridad privada a la empresa SABICO SEGURIDAD, S.A., por considerar que ha presentado la mejor oferta. Dicha adjudicación fue debidamente

publicada y notificada tanto a la adjudicataria como a las demás licitadoras concurrentes. A la ahora recurrente, EME, S.L., le fue notificado el acuerdo el 19 de noviembre de 2012.

Séptimo. Con fecha de 7 de diciembre de 2012, la representación letrada de la mercantil EME, SL, procedió a anunciar ante el órgano de contratación la interposición del recurso especial en materia de contratación administrativa contra el acuerdo de adjudicación del contrato acordado por el órgano de contratación con fecha de 15 de noviembre, a favor de la empresa SABICO SEGURIDAD, S.A.

Octavo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, el 7 de diciembre de 2012, este Tribunal decretó la suspensión automática, y el 14 de diciembre, comunicó dicha medida provisional al órgano de contratación, a los efectos previstos en los artículos 45 y 47 del TRLCSP.

Noveno. El 12 de diciembre de 2012 este Tribunal acordó dar traslado para alegaciones por cinco días hábiles (artículo 46.3 del TRLCSP) a las empresas licitadoras interesadas en el expediente. Únicamente ha presentado alegaciones en plazo, la adjudicataria, esto es, SABICO SEGURIDAD, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

Segundo. La empresa EME COMPAÑÍA DE SEGURIDAD E INGENIERIA Y MANTENIMIENTO, S.L, (en adelante, EME, S.L.) concurrió a la licitación, de la cual resultó adjudicataria otra empresa considerada como la mejor oferta, dentro de las reglas del procedimiento de concurrencia competitiva. Debe entenderse, por lo tanto, que está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre la adjudicación de un contrato de servicios, que pese a que no está sujeto a regulación armonizada, es uno de los comprendidos entre las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley, y cuyo valor estimado es igual o superior a 200.000 euros, por lo

tanto, susceptible de recurso especial de conformidad con el artículo 40 .1, b) del TRLCSP y, se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. La mercantil recurrente basa su recurso en un único motivo, centrado en que no se ha puntuado correctamente la oferta técnica presentada, por el siguiente motivo: *“la mercantil que represento debería haber resultado adjudicataria del concurso si el órgano de contratación hubiera puntuado correctamente el número de vigilantes de seguridad en alta en Barcelona a la fecha del concurso al constar que a la fecha de publicación se disponía de 27 vigilantes asignados a Barcelona. La mercantil que represento ha quedado tercera en el proceso con 92,92 puntos, habiendo sido asignado el concurso a la empresa SABICO con 94,26 puntos. Con la suma de 4 puntos, que son los que no nos han puntuado al habernos valorado con 4 vigilantes en la provincia de Barcelona, en lugar de 27, hubiera resultado adjudicataria con 96,92 puntos”.*

Considera que realizó una declaración expresa del número de trabajadores en plantilla en la provincia de Barcelona y ahora, adjunta a su recurso, un informe emitido por el Comisario del Cuerpo Nacional de Policía, Jefe de la Brigada Operativa de Personal de la Unidad Central de Seguridad Privada, emitido el 7 de diciembre de 2012, en el que se certifica que EME, S.L., inscrita en el registro de empresas de seguridad con el nº 2526, tiene veintiuno (21) vigilantes de seguridad en la provincia de Barcelona. A ello le une una relación de personal operativo que reside y trabaja como vigilante de seguridad en la antedicha provincia y la declaración jurada de cada uno de ellos, todas ellas con fecha de 28 de noviembre de 2012.

Quinto. El órgano de contratación procede a la remisión del recurso, junto con el expediente y el informe en el que muestra su más absoluta disconformidad con la alegación realizada por la recurrente. Dado que la licitadora, ahora recurrente, basa su impugnación en la indebida valoración del número de vigilantes dados de alta en Barcelona, la Delegación del Gobierno en Cataluña expone su contra argumentación de la siguiente forma:

1. En relación con la documentación que presentó EME, S.L., el órgano de contratación expresa en el informe que consta una “Declaración expresa

responsable para suplir el requisito de aportar certificación de la Dirección General de la Policía” de 10 de octubre de 2012. En dicha declaración, el administrador único de la mercantil manifestó que “*la plantilla de vigilantes de seguridad en la provincia de Barcelona es de veintisiete (27) personas*”. Del mismo modo, el órgano de contratación aclara que se aportó también la copia de la solicitud a la Dirección General de la Policía (con registro de entrada de 5 de octubre) para que se emitiese el oportuno certificado. En este sentido, el informe del órgano de contratación discrepa radicalmente con la posición del recurrente, relacionada con su valoración técnica, y para ello se centra en el valor vinculante de la documentación del contrato, es decir, de lo previsto en las cláusulas de los pliegos. De esta suerte, manifiesta que en el **apartado 19 “Criterios para la adjudicación del contrato y ponderación de los mismos”**, al referirse a la “**oferta técnica**”, en su apartado b), dice lo siguiente:

b) *Valoración de la certificación emitida por la Dirección General de la Policía en fecha de publicación del anuncio de licitación en el BOE en que conste el número de trabajadores de las empresas licitadoras en la provincia de Barcelona y la imposición de sanciones firmes por infracciones leves, graves y muy graves en el ámbito de la seguridad privada referidas al período de los dos últimos años, según la siguiente escala (hasta 20 puntos):*

<i>b.1. Hasta 20 empleados en plantilla</i>	<i>4 puntos</i>
<i>b.2. De 21 a 40 empleados</i>	<i>8 puntos</i>
<i>b.3. De 41 empleados en adelante</i>	<i>10 puntos</i>
<i>b.4. Ausencia de sanciones por infracciones leves</i>	<i>2 puntos</i>
<i>b.5. Ausencia de sanciones graves por infracciones graves</i>	<i>3 puntos</i>
<i>b.6. Ausencia de sanciones por infracciones muy graves</i>	<i>5 puntos</i>

Nota: *Las características b.1, b.2 y b.3 son mutuamente excluyentes entre sí, mientras que las características b.4, b.5 y b.6 son compatibles entre sí.*

De no haber podido obtener a tiempo la certificación descrita en este apartado se acompañará en el sobre nº 2 “REFERENCIAS TÉCNICAS” un documento que

acredite la solicitud de la certificación, y sólo en este caso el licitador deberá acompañar al documento de solicitud de certificación una declaración responsable en que se haga constar el número de vigilantes de seguridad en la provincia de Barcelona en la fecha de publicación del anuncio de la licitación y la ausencia, o en su caso, existencia de sanciones leves, graves y muy graves en el ámbito de la seguridad privada, referido al período de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de publicación del anuncio de licitación en el BOE, según el Anexo VI de los pliegos. El órgano de contratación, a través de la mesa de contratación que lo asiste, se reserva el derecho a comprobar la exactitud y veracidad de los datos que constan en la declaración, siendo resueltas las posibles discrepancias con los datos en poder de la Administración”.

2. Dentro de las potestades de interpretación que ostenta el órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal, la Delegación del Gobierno en Cataluña, sobre la forma de justificar el número de vigilantes de seguridad en la provincia de Barcelona, extrae las siguientes conclusiones:
 - Que lo que es valorable por la mesa es el certificado emitido por la Dirección General de la Policía.
 - Que, caso de que no pueda ser aportada esta certificación por parte del licitador, se aportará una declaración responsable por parte de la empresa, junto con el documento de solicitud de la certificación.
 - Que el órgano de contratación, a través de la mesa de contratación, se reserva el derecho a comprobar la exactitud y veracidad de los datos que constan en la declaración.
 - Que las posibles discrepancias se resolverán con los datos en poder de la Administración.

Del mismo modo, el informe afirma que, ante la eventualidad de que las empresas interesadas en la licitación, no pudieran presentar el certificado, el órgano de contratación requirió a la Unidad Central de la Seguridad Privada de la Policía para que remitiera los datos del número de vigilantes de seguridad

que les constasen, respecto de cada una de las empresas licitadoras. A su juicio, dichos datos deberían necesariamente de coincidir con los datos que se hubieran certificado por dicho organismo y que hubieran sido presentados por las empresas, entre la documentación del sobre nº 2. Por ello, quiere dejar constancia del informe emitido por el Jefe de la Unidad de Seguridad Privada de Barcelona de la Jefatura Superior de Policía en el que expone que las empresas de seguridad tienen el deber legal de comunicar a la Dirección General de la Policía, las altas y las bajas de los vigilantes de seguridad. El registro de altas y bajas del personal de seguridad, incluido en la aplicación de la Dirección General de la Policía “SEGURPRI”, permite comprobar si un vigilante de seguridad está activo y la empresa en la que está encuadrado, y saber además cuántos vigilantes de seguridad tiene a nivel estatal e incluso en cada provincia. Concluye el informe de la DGP, en el que se apoya el órgano de contratación, expresando que, *“Por tanto, podría darse el caso de que el certificado emitido a la empresa de seguridad que ha impugnado el concurso ante el Tribunal, no haya recogido con absoluta fidelidad la plantilla que la empresa tiene en Barcelona. Pero en todo caso, de ser así, lo sería por causas imputables a la propia empresa, cuyo ámbito de actuación es estatal, con sede en Madrid, ya que si hubiera comunicado puntualmente las altas de los vigilantes, sin duda habrían quedado registradas en el mencionado Registro”*. Por todo ello, el órgano de contratación considera que queda claro que los datos que tiene la Unidad Central de Seguridad Privada y que le sirven para emitir sus certificaciones, son los que las propias empresas proporcionan.

3. Siguiendo dichas pautas, la Delegación del Gobierno, en el informe emitido y elevado a este Tribunal, estima que todas las empresas que se presentaron al procedimiento tenían sus datos recogidos en el mismo correo remitido por la Unidad de Seguridad Privada en el que expresaba el número de vigilantes de cada una de ellas, a la misma fecha, y en concreto para la empresa EME, S.L., se refería al número de cuatro (4) vigilantes de seguridad en la provincia de Barcelona. Ante posibles discrepancias, aplicando literalmente los pliegos, el informe expresa que se han de tener en cuenta los datos obrantes en poder de la

Administración, acordando que a EME, S.L., por tener 4 vigilantes, le correspondían 4 puntos.

4. En relación con la documentación que la recurrente aporta junto con el recurso especial, el informe emitido por el órgano de contratación también evacua una serie de manifestaciones que pueden resultar interesantes para trazar los términos de la contienda. Así, respecto del certificado expedido por la Unidad Central de Seguridad Privada de la Dirección General de la Policía que acredita que la empresa recurrente tiene 21 vigilantes de seguridad en la provincia de Barcelona, manifiesta que su fecha resulta significativa, pues data de 7 de diciembre de 2012, y el mismo debería ser de 4 de octubre de 2012 (fecha del anuncio de licitación), y en resumen, refuta que pueda admitirse un certificado de fecha posterior a la licitación. Se insiste en que dichos datos se pedían a una fecha concreta, la fecha de publicación de la licitación, y ésta era el 4 de octubre, por ello, la Administración ha tenido en cuenta los datos suministrados por la Unidad Central de Seguridad Privada, cerrados para todas las empresas en dicha fecha exigida, y que, en definitiva, fueron los datos que tuvo en cuenta la mesa de contratación para evaluar dicho criterio técnico. Por último, analiza las declaraciones presentadas por los trabajadores y también las rechaza, por tratarse del mismo modo de fechas posteriores, - recordemos que son todas de 28 de noviembre -, y no resultar factible acreditar la validez de la firma de los que las suscriben, amén de tratarse de una forma de justificación ajena a lo exigido en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Sexto. Concedido a las empresas licitadoras un trámite de audiencia por cinco días hábiles, únicamente ha presentado alegaciones, la adjudicataria con fecha de 18 de diciembre, expresivas del recto actuar en cuanto a las valoraciones realizadas por la mesa de contratación, y transcribe literalmente un pasaje del pliego donde se afirma el derecho del órgano de contratación, a través de la mesa, para comprobar la exactitud y veracidad de los datos.

Séptimo. Expuestas las posiciones de las partes, y entrando sobre el fondo del asunto, hemos de analizar en primer lugar, el criterio de **arraigo territorial** plasmado en el

clausulado del contrato, en concreto en el **apartado 19 de la hoja resumen** del PCAP, sobre “Criterios para la adjudicación del contrato y ponderación de los mismos”.

El principio de igualdad de trato entre los candidatos que rige toda la contratación administrativa (artículo 1 TRLCSP), prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de criterios de distinción, ora lo sean en las exigencias de solvencia, ora lo sean en los criterios de adjudicación, distorsionen la libertad de concurrencia, los principios de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad, la transparencia, la no discriminación y la igualdad de trato entre los licitadores.

Resulta obligada la cita de varios fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como los expresados en las Sentencias de 5 de diciembre de 1989, 16 de enero de 2003 y 1 de julio de 2004. En particular, la Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005 (INSALUD) condenó a España por entender que existe discriminación afirmando que, *“El artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y por otra, unos criterios de valoración de ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”*.

En definitiva, siguiendo la doctrina comunitaria, los criterios a introducir para la valoración, además de guardar relación con la prestación demandada deben garantizar que no se quiebre el principio de igualdad de trato, principio que queda resentido cuando se introducen criterios propios del llamado **“arraigo territorial”**, como lo son las

puntuaciones relacionadas en el **apartado 19 de la Hoja Resumen** del PCAP del contrato de servicios de seguridad privada que ahora nos ocupa.

Las puntuaciones dadas en la oferta técnica, como criterio de adjudicación, en función del número de empleados en plantilla en la provincia de Barcelona, consagran en la hoja resumen del PCAP un criterio de arraigo territorial contrario a los principios de contratación administrativa recogidos en el artículo 1 del TRLCSP, inspirados en la normativa y en la jurisprudencia comunitaria europeas.

Del mismo modo, se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en varios informes, sirva entre otros, el **Informe 9/2009, de 21 de marzo “Aplicación del criterio del arraigo local o de vecindad de la empresa como requisito de aptitud, de solvencia o como criterio de adjudicación de los contratos”**. En la consideración jurídica tercera, la JCCA analiza si la implantación de las empresas en un territorio puede ser utilizada como criterio discriminatorio a la hora de valorar las ofertas, es decir que las presentadas por empresas que tengan un determinado arraigo en la localidad, obtengan una bonificación en la valoración de sus ofertas por esta sola circunstancia.

Ante ello, el Informe 9/2009 de la JCCA es tajante y aclara cuanto sigue: *“Diversas consideraciones debe hacerse al respecto. En primer lugar, el principio no discriminatorio que la Directiva 2004/18/CE consagra y que nuestra Ley expresamente recoge (...). Este principio, además, y con aplicación directa ya a los procedimientos de adjudicación está expresamente recogido también en el artículo 123 de la misma Ley, de conformidad con el cual, los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia. Esta sola declaración pone ya de manifiesto hasta qué punto no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras, en este caso su domicilio social o su especial arraigo en una determinada localidad o territorio”*.

Y prosigue: *“Si esta circunstancia no fuera suficiente a la hora de dejar clara la improcedencia de utilizar criterios de adjudicación que supongan discriminación entre las empresas por razón del motivo mencionado, debe tenerse en cuenta además lo dispuesto en el apartado primero del artículo 134 de la Ley de acuerdo con el cual, 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. Esta exigencia de la **vinculación directa** con el objeto del contrato, es decir la prestación es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas. En efecto la vinculación directa exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de adjudicación o a las consecuencias directas derivadas de la misma. No puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración en nada altere ni la forma de ejecutar la prestación ni los resultados de la misma”.*

En conclusión, la JCCA, con amparo en la anterior Ley 30/2007, matiza que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no pueden ser considerados como condición de aptitud para contratar con el sector público, ni pueden ser utilizados como criterio de valoración.

Con ello, queda meridianamente claro que las cláusulas que contengan criterios de valoración propios del referido arraigo territorial, vulneran los principios ahora recogidos en los artículos 1 y 150 del vigente TRLCSP y han de quedar totalmente proscritos, resultando contrarias aquéllas al ordenamiento jurídico.

De esta forma, lo ha manifestado ya este Tribunal, en recursos cuya revisión eran los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Sirvan de ejemplos las recientes Resoluciones nº 158/2012 y 217/2012. Si bien, en el presente caso, siendo de plena aplicación y respeto tales consideraciones jurídicas sobre los criterios de arraigo territorial, hemos de tener en cuenta que no fue recurrida en tiempo y forma la documentación preparatoria del contrario, como el pliego de cláusulas administrativas particulares junto con su hoja resumen (en concreto, el apartado 19). No obstante, hemos de analizar si la referida cláusula queda incurso en un vicio de nulidad de pleno Derecho “ex” **artículo 62.1, a) de la Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, pues el artículo 32 del TRLCSP se remite a las causas de nulidad del Derecho Administrativo.

Octavo. Este Tribunal, viene reiterando que los pliegos de cláusulas administrativas particulares constituyen *lex contractus* entre las partes, órgano de contratación y

licitadores interesados en el procedimiento de concurrencia competitiva, y al pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (Resolución nº 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012).

En efecto, abundando en dicha afirmación hemos de traer a colación la Resolución nº 253/2011 *“a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo <<pacta sunt servanda>> con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982).*

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”.

Pues bien, en este caso, aunque la empresa ahora recurrente no impugnó en tiempo y forma el apartado 19 de la Hoja resumen del PCAP rector de este procedimiento de contratación, este Tribunal puede examinar si concurre en la misma un motivo o causa de nulidad de pleno Derecho “ex” artículo 62. 1. a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La Ley 4/1999 dio una nueva redacción a los vicios de nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos, relacionados en el artículo 62.1 y, en particular, establece que son nulos de pleno Derecho los actos de las Administraciones Públicas que: *“a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”*.

Con la introducción en el **apartado 19 “Criterios para la adjudicación del contrato y ponderación de los mismos”** al referirse a la **“oferta técnica”**, en su apartado b), al llamado arraigo territorial, el órgano de contratación instituye un criterio de discriminación lesivo de la igualdad de trato en materia de contratación administrativa y, por ende, lesivo del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Carta Magna; por lo que, a pesar de no haber sido impugnado por los licitadores, este Tribunal puede apreciar la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho.

En este sentido, hemos de insistir en que, el Tribunal ha declarado la improcedencia de la aplicación de este tipo de cláusulas que introducen criterios discriminatorios, y que conllevan la sanción de nulidad de pleno Derecho. Sirvan de ejemplos, las Resoluciones nº 69/2012 y 203/2012, en las que trayendo a colación la jurisprudencia del TJUE – en Sentencias como las citadas más arriba de 16 de enero de 2003 y de 24 de noviembre de 2008 -, se concluía que una cláusula que puede dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación, ha de calificarse como **nula de pleno Derecho** y que *“no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”*.

Precisado lo anterior, hemos de entrar a analizar si la sanción de nulidad de pleno Derecho ha de quedar circunscrita a la valoración del referido criterio de arraigo territorial, esto es, al **apartado 19 “Criterios para la adjudicación del contrato y ponderación de los mismos”** para la **“oferta técnica”**, en concreto en su **apartado b)**, o si

necesariamente ha de conducir a la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación bajo el aforismo “*quod nullum est nullum effectum producit*”.

Noveno. En un principio, este Tribunal ha venido afirmando que la nulidad no tiene por qué extenderse al resto de cláusulas de los pliegos afectados que pueden permanecer invariables y, conforme al artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conservar los restantes actos y trámites (Resolución nº 203/2012 dictada en el recurso nº 187/2012).

Sin embargo, declarar la nulidad de dicha cláusula, esto de uno de los criterios para la adjudicación del contrato, y mantener todas las demás actuaciones, puede conllevar un efecto contrario al principio de igualdad y no discriminación pues, de un lado, puede haber impedido que otras posibles empresas del sector hayan concurrido a la licitación y puede ocasionar que la nueva valoración resulte, del mismo modo, discriminatoria. Por ello, hemos de analizar en la presente consideración jurídica si la declaración de nulidad del apartado 19 “Criterios para la adjudicación del contrato y ponderación de los mismos” en su letra b) que consagra un criterio de arraigo territorial, vicia todo el procedimiento de contratación seguido por la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

El análisis jurídico de las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula que contiene un criterio de adjudicación y sus efectos en todo el procedimiento de licitación fue analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) en la Sentencia de 4 de diciembre de 2003 dictada en el asunto C-448/01 “EVN y WIENSTROM” en una cuestión prejudicial elevada a instancia del Bundesvergabeamt de Austria.

La cuarta cuestión que se planteaba en la cuestión prejudicial referida literalmente iba dirigida a obtener una respuesta sobre lo siguiente: ¿Obligan las disposiciones de Derecho Comunitario aplicables a la adjudicación de los contratos públicos, en particular el artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE, a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación si, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, uno de los criterios de adjudicación que había establecido es declarado ilegal?

La fundamentación jurídica contenida en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo conduce a la necesaria invalidación de todo lo actuado y, en concreto, a cancelar todo el procedimiento de adjudicación, debiendo el órgano de contratación comenzar ab initio un nuevo procedimiento de contratación administrativa. En definitiva, la declaración de nulidad de un criterio de adjudicación, como lo es el arraigo territorial, conlleva la sanción de nulidad de todo lo actuado en dicho expediente de concurrencia competitiva, con fundamento en el respeto al principio de igualdad y no discriminación entre todos los licitadores, tanto los concurrentes como terceros que pudieron presentarse a dicha licitación.

Literalmente, el TJUE expresa que *“Debe señalarse que la declaración de ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación no conduce en todos los casos a su anulación.*

En efecto, la posibilidad que ofrece a los Estados miembros el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665, de establecer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción, significa que cuando el recurso se interpone después de la celebración del contrato y el Estado miembro afectado ha hecho uso de esta facultad, si el órgano que conoce el recurso declara que una decisión relativa a un criterio de adjudicación es ilegal no puede anular la decisión sino que debe limitarse a conceder una indemnización por daños y perjuicios.

Ahora bien, de las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se deduce que la cuarta cuestión se refiere a la hipótesis de que la declaración de la ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación traiga como consecuencia su anulación. Debe, pues, entenderse en el sentido de que pregunta si la normativa comunitaria en materia de contratación pública obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso, con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.

Para responder a la cuestión así reformulada, procede señalar que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, los principios de igualdad de trato y de transparencia en los procedimientos de adjudicación implica que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase en este sentido en particular la Sentencia SIAC Construction, antes citada en el apartado 43).

Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación.

*De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión administrativa relativa a algún criterio de adjudicación, **la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión**".*

A la luz de esta doctrina jurisprudencial nacida del acervo del Derecho Comunitario Europeo, este Tribunal al hacer la declaración de nulidad del **apartado 19 b)** "Criterios para la adjudicación del contrato y ponderación de los mismos", en aras a garantizar el máximo respeto a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación en los procedimientos de concurrencia competitiva (artículo 1 del TRLCSP), necesariamente ha de declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación, que habrá de reanudarse desde su acuerdo inicial, en el supuesto de que siguiese existiendo el motivo o causa que legitima el inicio de un nuevo expediente de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. F.J.C.I., en representación de la mercantil EME COMPAÑÍA DE SEGURIDAD E INGENIERIA Y MANTENIMIENTO, S.L., contra el acuerdo del órgano de contratación, la Delegación del Gobierno en Cataluña de 15 de noviembre de 2012, por el que se acuerda la adjudicación del contrato de servicio de

seguridad privada en varios edificios adscritos a la referida Delegación, a la empresa SABICO SEGURIDAD, S.A., declarando la nulidad de pleno Derecho del criterio de valoración contenido en el **apartado 19 b)** “Criterios para la adjudicación del contrato y ponderación de los mismos” y con expresa declaración de nulidad de pleno Derecho de todo el procedimiento de licitación, que habrá de reanudarse desde su acuerdo inicial.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Cuarto. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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