



Recurso nº 494/2014

Resolución nº 555/2014

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

En Madrid, a 18 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.L.M.-E., en nombre y representación de la mercantil HIJOS DE JUSTO M. ESTÉLLEZ, S.A., frente al pliego de cláusulas administrativas particulares rector del "Acuerdo Marco para el servicio de operador logístico para las Fuerzas Armadas en el Ministerio de Defensa (Expediente 6.00.01.13.0008.00)", el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En relación con el procedimiento de licitación de este Acuerdo Marco, este Tribunal ha dictado ya las resoluciones nº 160/2014, 170/2014 y 186/2014.

En la Resolución nº 160/2014, referida a los recursos nº 934/2013 y 1047/2013, interpuestos por la misma empresa aquí recurrente contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco, tras su modificación publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 22 de noviembre y 2 de diciembre de 2013, se resolvió, en primer término, inadmitir el recurso interpuesto en lo que se refiere al motivo de impugnación relativo a la interpretación manifestada por el órgano de contratación de la exigencia de las habilitaciones en materia de seguridad en los casos de empresas concurrentes en UTE. De otra parte, se estimó el recurso en lo atinente al motivo de impugnación relativo a las modificaciones de las cláusulas 15, 16 y 53 del PCAP.

En la Resolución nº 170/2014 (recurso 58/2014) se inadmite el correspondiente recurso, asimismo interpuesto por la misma empresa aquí recurrente, mientras que el recurso a que se refiere la Resolución nº 186/2014 (recurso 49/2014) finalizó por desistimiento del recurrente.

Tras estas resoluciones del Tribunal, la nueva redacción de los pliegos producida tras la estimación parcial acordada en la Resolución nº 160/2014, frente a la que se dirige este recurso, se aprueba por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa en reunión de fecha 4 de junio de 2014, y el nuevo anuncio de licitación, con las modificaciones pertinentes, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 9 de junio de 2014, en el DOUE de 12 de junio y en el BOE de 18 de junio.

El valor estimado del contrato es de 137.200.000 euros.

Segundo. Con fecha 25 de junio de 2014 se presenta en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto nuevamente por HIJOS DE JUSTO M. ESTÉLLEZ, S.A., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del Acuerdo Marco. En concreto, se impugna en primer término la cláusula 16 del mismo, en cuanto en su último párrafo exige a todas y a cada una de las empresas que concurren en UTE las habilitaciones de seguridad a que hace referencia dicha cláusula, esto es: la Habilitación de Seguridad de Empresa (HSEM) en grado Reservado, Habilitación de Seguridad de Establecimiento (HSES) en dicho grado y Habilitaciones Personales de Seguridad (HPS) de igual o superior grado para personal suficiente.

Entiende la entidad recurrente que tal requerimiento *“es marcadamente restrictivo y que dicha circunstancia conculcaría el principio de transparencia del arts. 1 y 139 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSLP) y 23 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (LCSPDS), siendo lesiva para los intereses de los licitadores”*.

Acude para sustentar tal alegación a las previsiones de la Norma NS/06 de Seguridad Industrial, publicada por la Autoridad Nacional para la Seguridad de la Información Clasificada, citando su apartado 6.9.1 (*“Unión Temporal de Empresas”*), a cuyo tenor:

"Cuando una unión temporal de empresas (UTE) vaya a presentar oferta a un contrato que requiera acceso a información clasificada de grado "CONFIDENCIAL o equivalente" o superior, se precisará que alguna de las empresas participantes en la UTE tenga concedida la correspondiente HSEM.

Una vez adjudicado el contrato, todas aquellas empresas de la UTE deberán estar en posesión de la HSEM correspondiente, y aquellas que vayan a manejar información clasificada en sus instalaciones necesitarán disponer además de la HSES correspondiente.

Todo el personal de UTE o de cualquiera de las empresas constitutivas de la UTE que precise acceder a información clasificada deberá estar en posesión de la correspondiente HPS.

(...)"

De dicha disposición extrae la recurrente las siguientes conclusiones para los casos de presentación de una oferta en la modalidad de UTE:

"Para la HSEM: se precisará que alguna de las empresas participantes en la UTE tenga concedida la correspondiente HSEM y, una vez adjudicado el contrato, todas aquellas empresas de la UTE deberán estar en posesión de la misma.

Para la HSES: Se requerirá sólo, una vez adjudicado el contrato, para aquéllas que vayan a manejar información clasificada en sus instalaciones.

Para HPS: Se requerirá para todo el personal de UTE o de cualquiera de las empresas constitutivas de la UTE que precise acceder a información clasificada.

En virtud de lo anterior, debe entenderse que en los requerimientos para acreditar la solvencia técnica en relación con la HSES deben aplicar sólo a aquellas empresas miembros de la UTE que vayan a manejar información clasificada en sus instalaciones.

En este sentido, sería razonable, en coherencia con la normativa existente, admitir una "acumulación de solvencias" referida a la HSES, siempre que i) se justifique

convenientemente que el acceso y manejo de la información clasificada sólo se realizará por la empresa debidamente habilitada con la HSES; y ii) se incluyan en la Oferta una declaración responsable que justifique dicha circunstancia”.

Apoya esta alegación asimismo en el hecho de que la habilitación exigida en la cláusula 17 del PCAP (seguridad con el departamento de Estado de EEUU para la recepción y manejo de material clasificado con el grado “SECRET”) podrá acreditarse basándose en la solvencia y medios de otras entidades. Asimismo, alude el recurrente a lo previsto en la Cláusula 22 del Pliego en relación con el sobre nº 1, apartado M, donde se prevé que:

“Para el caso de empresarios que concurren agrupados en "uniones temporales de empresas", y en lo relativo a las certificaciones exigidas en los puntos 1.3 y 2.1 de la cláusula 15, se tendrá en cuenta lo siguiente:

Como principio general todas las certificaciones citadas deben ser aportadas por todas las empresas integrantes de la UTE, no obstante en determinadas circunstancias pueden existir excepciones a este principio general. En virtud de ello, podría admitirse una "acumulación de solvencias" referida a los certificados exigidos, siempre que se justifique convenientemente que el alcance de alguna de las prestaciones concretas que vaya a realizar algún componente de la UTE puede resultar no afecta por alguno de ellos.”

Señala el recurrente que aquí se aplica el criterio del informe 29/10, de 24 de noviembre de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, conforme al que, en caso de propuestas de futuras UTE, los requisitos de solvencia en niveles de calidad deben ser acreditados por todos los miembros de la UTE, pero con exclusión del supuesto en que de la unión temporal forme parte alguna empresa cuya actividad en la ejecución del contrato no esté afectada por la exigencia de los mencionados certificados, con lo que debe concluirse que si un miembro de esa UTE no puede acreditar la certificación de calidad exigida en los pliegos debería tener la opción de no hacerlo siempre que dicha empresa no desarrolle concretamente la actividad que requiere de esa solvencia.

En opinión de la empresa recurrente, ese mismo criterio es análogamente aplicable al requerimiento de la HSES.

Partiendo de estas consideraciones, se aduce en el recurso que, al no existir muchas empresas que dispongan de las habilitaciones requeridas, si se pretende, como es preceptivo por Ley, que las disposiciones de los pliegos fomenten y permitan el acceso a las ofertas al mayor número posible de licitadores, *“parece recomendable recordar la naturaleza de las habilitaciones HSES para poder fundamentar que podrían ostentarlas sólo uno de los miembros de la UTE”*.

Y se concluye que *“todo criterio de interpretación dirigido a la exigencia de que dispongan todos los miembros de una UTE dichas habilitaciones sólo devendría en una mayor limitación del número de licitadores que podrían presentar las propuestas en contra del principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y la salvaguarda de la libre competencia que permita la disposición del mayor número de propuestas y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (art. 1 TRLCSP)”*.

Adicionalmente a lo anterior, se cuestiona asimismo en el recurso el hecho de que no se imponga en el Pliego la obligación de que al menos un miembro de la UTE acredite disponer de la habilitación HSEM al tiempo de presentación de las ofertas, tal y como establece la previamente citada NS/06 en su disposición 6.9.1 al indicar que: *“Cuando una unión temporal de empresas (UTE) vaya a presentar oferta a un contrato que requiera acceso a información clasificada de grado “CONFIDENCIAL o equivalente” o superior, se precisará que alguna de las empresas participantes en la UTE tenga concedida la correspondiente HSEM”*.

Con base en estos argumentos, solicita el recurrente que se declare no ajustado a Derecho:

“i) El requerimiento de que, en el supuesto de una presentación de oferta en la modalidad de UTE, todas las empresas de la misma deban estar debidamente habilitadas en la firma del contrato con la HSES, y, en consecuencia, proceda a considerar el criterio de validar la posibilidad de que uno o más de sus miembros sea el que disponga de la habilitación HSES, siempre que los éstos sean los únicos que accedan o manejen información clasificada en sus instalaciones; y

ii) El no requerimiento en los Pliegos de que, cuando una unión temporal de empresas (UTE) vaya a presentar oferta a un contrato que requiera acceso a información clasificada de grado "CONFIDENCIAL o equivalente" o superior, se precise que alguna de las empresas participantes en la UTE tenga concedida la correspondiente HSEM en la propia presentación de dicha oferta.

Y, consecuentemente, se acuerde la necesidad de modificar los Pliegos para ajustarlos a Derecho".

Asimismo, entiende que debe suspenderse el procedimiento de adjudicación del contrato, en consonancia con el art. 43.1 del TRLCSP.

Tercero. El órgano de contratación ha certificado que a la fecha de 25 de junio de 2014 no se había presentado ninguna documentación relativa a este procedimiento.

Cuarto. Asimismo, el órgano de contratación ha evacuado el informe previsto en el art. 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, defendiendo la legalidad del Pliego bajo las consideraciones que siguen.

En primer lugar, manifiesta que la exigencia de las habilitaciones de seguridad es requisito indispensable para la ejecución de las complejas y variadas prestaciones comprendidas en la actividad de Operador Logístico. En tal sentido, se precisa que se ha tenido presente lo dispuesto en la Norma NS/06 a la hora de establecer en los pliegos los requisitos de seguridad en la información adecuados para este expediente, tanto en lo que se refiere a empresas que concurren individualmente como a aquéllas que lo hagan integradas en UTE. Ello se hace estableciendo un marco general (PCAP), en el que se exige la acreditación de las preceptivas habilitaciones de seguridad, y un marco específico (PPT), que detalla las especificaciones de seguridad relacionadas con la ejecución del Acuerdo Marco.

Así se recoge en la cláusula 16 del PCAP, que determina los requisitos generales de seguridad en la información, es decir, qué deben acreditar las empresas que decidan concurrir, y la cláusula 17 *in fine*, que señala (al igual que la 22 y la 40) el momento en

que deben acreditarse todas las habilitaciones de seguridad, que es el momento de formalización del Acuerdo Marco.

Igualmente, se cita el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del lote 1 del expediente, en su apartado 3, relativo a requisitos estructurales, donde se establece la obligación de que la instalación donde se almacene el material cuente con las habilitaciones de seguridad de la empresa (HSEM) y de los establecimientos (HSES) en grado de RESERVADO.

Manifiesta la Junta de contratación en su informe que se requiere no sólo la HSES, sino también la HSEM y la HPS, a todas y cada una de las empresas que integran la UTE por las especiales características de los servicios objeto de este Acuerdo Marco, por cuanto *“suponen que los aspectos de seguridad adquieren una relevancia sobresaliente, pues su ejecución implica no sólo a las Fuerzas Armadas españolas, en aquellos ejercicios y operaciones que se les ordene realizar, sino también a gobiernos extranjeros (como puede suceder en ambos lotes, pero especialmente en el lote 2)”*.

A lo que se añade:

“Como se ha señalado, el PPT, detallando más las especificaciones de seguridad relacionadas con la ejecución del Acuerdo Marco, y ante la más que posible necesidad por parte del contratista de manejar y almacenar información clasificada en sus instalaciones, requiere que el mismo (sea un único empresario, sea una UTE) disponga de las correspondientes Habilitaciones de Seguridad de Establecimiento (HSES). La propia naturaleza de las misiones que realiza el Operador Logístico del Ministerio de Defensa, así como la particularidad del material y de la información clasificada que debe manejar y custodiar, determina que se establezca la exigencia de unos requisitos acordes a estas circunstancias y con total separación del de cualquier otro cliente, en lugar debidamente protegido y con personal cualificado para la gestión de las actividades citadas.

Por ello, ha de exigirse a todas las empresas que concurren integradas en UTE que acrediten que disponen de las habilitaciones de seguridad establecidas en los pliegos del expediente, sin que sea posible, como solicita la recurrente, la aplicación de una

"acumulación de solvencias". Debe tenerse en cuenta, además, que estamos ante unos elementos que están relacionados con la ejecución del Acuerdo Marco, en el sentido de considerar que, si no se dispone de las habilitaciones requeridas, no se puede ejecutar el contrato.

No se trata, por tanto, de elementos que vayan a determinar la admisión o no a licitación, toda vez que su acreditación ha de realizarse en el momento de la formalización del Acuerdo Marco, no en el de presentación de ofertas".

En cuanto a la posibilidad de acreditar este requisito (exigencia de determinadas habilitaciones de seguridad), mediante lo establecido en el art. 63 TRLCSP, que permite la integración de la solvencia con medios externos, señala el órgano de contratación que el PCAP no establece la exigencia de tales habilitaciones de seguridad como requisitos de admisión o solvencia, sino que deben acreditarse en el momento de la formalización del acuerdo marco (cláusulas 16, 17 y 40 del PCAP).

Continúa indicando el informe que *"debe tenerse en cuenta que estas habilitaciones de seguridad capacitan exclusivamente a la empresa acreditada, a sus instalaciones y a su personal. Si la empresa concurre en Unión Temporal de Empresas (UTE), sólo estará acreditada la que disponga de las habilitaciones pertinentes, entendiéndose por ello que la UTE no dispondría del nivel exigido a los efectos de los requerimientos genéricos de seguridad del PCAP, así como de los requerimientos específicos de seguridad recogidos en el PPT".*

Frente a la alegación de que esta exigencia pudiera dejar fuera de la posibilidad de presentarse a varios licitadores, se manifiesta que *"la actuación de la Junta de Contratación se ha guiado siempre por el objetivo de fomentar la máxima concurrencia e igualdad de trato entre los licitadores, pero sin dejar de tener en cuenta las especiales exigencias de seguridad que se requieren para cumplir, con las adecuadas garantías, un servicio de las características del acuerdo marco que nos ocupa, no comparable con ningún otro en el ámbito civil por su complejidad, por el tipo de material e información afectados, así como por la situación del personal en ubicaciones de especial riesgo".*

De otra parte, en lo que se refiere a la alegación del recurso relativa a la obligación de acreditar la HSEM por al menos un miembro de la UTE en la presentación de ofertas, la Junta de contratación entiende que la acreditación de estas habilitaciones de seguridad ha de realizarse en el momento de la formalización del Acuerdo Marco, y no en el de la presentación de ofertas, al objeto de no establecer barreras de entrada a la licitación y favorecer con ello la concurrencia.

Quinto. Con fecha 4 de julio de 2014 la Secretaria de este Tribunal, acogiendo la petición formulada al respecto por el recurrente, resolvió conceder la suspensión del procedimiento de licitación, conforme a lo previsto en los arts. 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 59.2 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad, en relación con el art. 41, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 59, apartados 1 y 4, de la citada Ley 24/2011, en relación con el art. 40.1.a) del TRLCSP, al referirse a un acuerdo marco licitado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador y sujeto a regulación armonizada, por ser su valor estimado superior a 414.000 euros (art. 5.a) de la Ley 24/2011 y cláusula 7 del PCAP), y dirigirse frente al pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 40.2.a) TRLCSP).

Tercero. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la entidad recurrente, potencial licitador según ya se reconoció por este Tribunal en las resoluciones ya citadas relativas a los previos recursos interpuestos por el

mismo, tiene interés legítimo en la impugnación de las cláusulas del Pliego de cláusulas administrativas particulares rector de la contratación que estima no conformes a derecho.

Concurre en la sociedad recurrente por ello un interés legítimo, a los efectos previstos en el artículo 42 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2. a) del TRLCSP, esto es, en el plazo de quince días hábiles desde la fecha en que los pliegos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores para su conocimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP.

Consta asimismo en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP, presentado el 25 de junio de 2014.

Quinto. Pasando ya a abordar el objeto del presente recurso, en el mismo se cuestionan los términos en los que el PCAP plasma la exigencia de que las empresas que concurren a la licitación agrupadas en UTE dispongan de las habilitaciones de seguridad requeridas por la naturaleza de los servicios a prestar en los contratos objeto del acuerdo marco.

Comenzaremos pues por dejar reseñado que, de conformidad con la cláusula 1 de dicho pliego, relativa al objeto del Acuerdo Marco:

“El objeto del presente expediente de contratación número 13/JC/008, será la celebración de un Acuerdo Marco para la selección de contratistas y el establecimiento de las condiciones que regirán los contratos de servicio de operador logístico derivados del mismo, amparados en el artículo 2.1 de la Ley 24/2011 de 1 de agosto de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y Seguridad (en adelante LCSPDS) y a celebrar por los órganos de contratación del Ministerio de Defensa.

Este Acuerdo Marco, promovido por la Dirección General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa, tiene la condición de contrato de servicios al amparo del artículo 2.1 de la LCSPDS, siendo de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), en todo lo no regulado de forma expresa por la LCSPDS”.

En concreto, se cuestiona la conformidad a derecho de las cláusulas 16 y 17 del pliego. En la primera de ellas se indica lo que sigue:

“CLÁUSULA 16. Requisitos Generales de Seguridad en la Información.

El licitador deberá cumplir lo estipulado en la O.M. 81/2001, por la que se aprueban las normas de protección de contratos del MINISDEF.

Adicionalmente, en los siguientes casos, el licitador deberá acreditar (ver Cláusula 40 de este documento):

Para empresas españolas:

Misiones del OPLOG que impliquen el manejo de información clasificada nacional:

- Estar en posesión de Habilitación de Seguridad de Empresa (HSEM) en grado de RESERVADO y Habilitación de Seguridad de establecimiento (HSES), en dicho grado.*
- Disponer de suficiente personal con Habilitación Personal de Seguridad (HPS) de igual o superior grado que la información clasificada manejada o almacenada.*
- Para el manejo de material nacional de cifra, el licitador deberá disponer de personal con HPS de esta especialidad, de igual o superior grado que el asignado a dicho material.*

Misiones del OPLOG que impliquen el manejo de información clasificada OTAN, UE, ESA o cedida por países terceros al amparo de un Acuerdo para la Protección de Información Clasificada:

Disponer de la Habilitación de Seguridad de Empresa (HSEM) en grado NATO SECRET, UE SECRET, ESA/SECRET y Habilitación de Seguridad de establecimiento (HSES), en dicho grado.

- Disponer de suficiente personal con Habilitación Personal de Seguridad (HPS) de igual o superior grado que la información clasificada manejada o almacenada.*

- *Para el manejo de material de categoría especial OTAN/UE/ESA (material de Crypto), el licitador deberá disponer de personal con HPS en esa especialidad, de igual o superior grado que la información que el asignado a dicho material.*

Para las empresas extranjeras:

Sólo podrán ofertar aquéllas cuyos respectivos Estados tengan suscritos, y en vigor, con España, un acuerdo bilateral o multilateral para protección de la Información Clasificada. Para ello acreditarán su habilitación de seguridad mediante el correspondiente certificado expedido por la Autoridad competente en ese país (FACILITY SECURITY CLEARANCE - FSC-, o equivalente), en grado equivalente a RESERVADO NACIONAL.

Para el caso de empresarios que concurren agrupados en "uniones temporales de empresas", les serán exigidas a todas y cada una de las empresas que conformen dicha UTE las habilitaciones de seguridad que se han detallado en los párrafos anteriores de esta cláusula 16".

De otra parte, de lo expresado en la CLÁUSULA 17 ("*Requisitos Específicos de Seguridad en la Información*"), interesa aquí retener lo indicado en su último párrafo:

"En cualquier caso, el adjudicatario deberá acreditar las certificaciones a expedir por el Departamento de Defensa de los EEUU y el resto de Acuerdos o Habilitaciones de seguridad exigibles en el presente PCAP en el momento de la firma del documento de formalización del presente Acuerdo Marco".

Entiende la empresa recurrente que al exigirse a todas y cada una de las empresas concurrentes en UTE la tenencia de las habilitaciones de seguridad referidas (último párrafo de la cláusula 16) se está introduciendo una limitación injustificada para la libre concurrencia, estimando que habría de admitirse una acumulación de solvencias entre los distintos miembros de la UTE, no siendo precisa a su juicio la Habilitación de seguridad de establecimiento (HSE) para aquéllas de dichas empresas que no vayan a manejar información clasificada en sus instalaciones. Adicionalmente, defiende que el pliego vulnera lo dispuesto en la Norma NS/06 de Seguridad Industrial, publicada por la Autoridad Nacional para la Seguridad de la Información Clasificada, cuando exige

disponer de la HSEM al tiempo de la formalización del contrato, en lugar de en el momento de presentación de las ofertas.

Debemos dejar ya aquí señalado que las previas Resoluciones de este Tribunal relativas a este procedimiento de licitación no entraron sobre el fondo de esta alegación de la empresa recurrente, al apreciar obstáculos formales para ello, que ya aparecen despejados al haberse incorporado expresamente al texto del PCAP lo que antes era un mero criterio interpretativo.

Aclarado lo anterior, y vistos los términos en que se plantea la controversia, conviene poner de manifiesto que la exigencia de disponer de las pertinentes habilitaciones de seguridad para este tipo de contratos aparece prevista en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad (a cuyas disposiciones queda sujeto el Acuerdo Marco que nos ocupa, visto su objeto, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2 y 3 de la misma). Así, el art. 15 de dicha norma, relativo a la solvencia técnica y profesional, tras referirse a la acreditación de dicha solvencia, añade en su apartado 5 que:

“En los contratos públicos que supongan el uso de información clasificada o requieran el acceso a la misma, el órgano de contratación deberá exigir a la empresa estar en posesión de las habilitaciones correspondientes en materia de seguridad de empresa o de establecimiento o equivalentes de acuerdo con el grado de clasificación de la información, en consonancia con los requisitos que se contemplan en el art. 21 de esta Ley”.

Dicho art. 21, en su apartado 2, dispone que *“el órgano de contratación deberá incluir la exigencia a los candidatos o licitadores de estar en posesión de las correspondientes habilitaciones en materia de seguridad de empresa y, en su caso, de establecimiento, de conformidad en todo caso con el grado de clasificación de la información”.*

Se evidencia así la lógica preocupación por salvaguardar en este tipo de contratos la seguridad y confidencialidad de la información clasificada a que pudiera tener acceso el contratista en el desenvolvimiento de su prestación contractual.

De otra parte, la regulación de dichas habilitaciones aparece recogida en las Normas de la Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada. Aquí debe tenerse presente que, de conformidad con el art. 4.f) de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, entre sus funciones se encuentra la de velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada, encontrándose el texto de dichas normas disponible en la página web de este Centro (www.cni.es).

Así, la Norma NS/01, relativa a la Infraestructura Nacional de Protección de la Información Clasificada, señala en su apartado 1 que estas Normas *“constituyen un mínimo normativo que cubre todas las obligaciones de protección de la Información Clasificada existentes en España o contraídas con otros Países u Organizaciones Internacionales y, por tanto, son de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas, Fuerzas Armadas y Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella y entidades públicas o privadas, que manejen o tengan acceso a Información Clasificada”*.

Por lo que se refiere en concreto a la Norma NS/06 sobre Seguridad Industrial, citada por la recurrente, en la misma se indica con carácter general que:

“Los aspectos generales para el manejo de la información clasificada se rigen conforme a lo establecido en el desarrollo de las normas (NS/01 a NS/05) de la Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada (en adelante Autoridad Nacional). La presente norma NS/06 sobre seguridad industrial regula las condiciones específicas que el manejo de información clasificada presenta en las actividades, contratos y programas clasificados encomendados a la industria para su desarrollo y ejecución.

Por tanto, en el marco establecido por la norma NS/01 sobre infraestructura nacional de protección de la información clasificada, la presente norma regula la seguridad de la información clasificada que se genere, maneje o acceda por empresas o entidades privadas radicadas en España en el desarrollo de actividades, contratos o proyectos en los que intervengan, incluyendo, entre otros, a los entes, organismos o entidades que conforman el sector público, tal y como se define en la Ley de Contratos del Sector

Público, así como entidades privadas debidamente autorizadas para manejar información clasificada.

En este contexto, las disposiciones de esta norma afectan, tanto a los contratistas o subcontratistas que optan a participar o participan en actividades, contratos, programas o proyectos clasificados, como a los entes, organismos o entidades que conforman el sector público, que ofertan dichos contratos o que, en nombre de la Autoridad Nacional, han de supervisar y avalar dicha participación en un contexto internacional”.

Estas normas constituyen por tanto una reglamentación administrativa interna que vincula a los órganos de contratación de las Administraciones Públicas, en este caso la Administración General del Estado, y, por razón de la correspondiente relación contractual, a los contratistas y subcontratistas de la misma. Dada su naturaleza y alcance, no puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación su interpretación o el control de su aplicación, aspectos a los que no alcanza la competencia de este Tribunal, limitada al examen de la exigencia de estas habilitaciones en la medida en que los términos de la misma pudieran infringir los principios o preceptos rectores de la contratación del sector público.

Atendido lo anterior, habremos de dilucidar si la exigencia de que todos los miembros de las UTEs que pudieran concurrir a la licitación dispongan de las habilitaciones de seguridad mencionadas infringe las normas relativas a la solvencia de los licitadores o el principio de libre concurrencia, conforme defiende el recurrente.

En tal sentido, la primera consideración a realizar viene referida a la naturaleza y funcionalidad de estas habilitaciones, que constituyen un requisito de aptitud de los licitadores para poder llevar a cabo las prestaciones objeto de los contratos integrados en el Acuerdo Marco. Así resulta de su regulación en las Normas citadas y de los términos en que se establece su exigibilidad por los órganos de contratación en la ya citada Ley 24/2011. Resulta esclarecedor, en este sentido, el tenor de la Norma NS/06 cuando define estas habilitaciones de seguridad indicando en cada caso que se entiende por cada una de ellas *“la determinación positiva por la que la Autoridad Nacional, en nombre del Gobierno del Reino de España, reconoce formalmente la capacidad y fiabilidad de un*

contratista” para la realización de cada una de las actividades concernientes a la información clasificada que comprenden cada uno de los tres tipos de habilitaciones que aquí nos ocupan.

En esta línea, en el apartado 4.1 de esta Norma, relativo a Actividades, contratos, programas y proyectos clasificados, se indica que:

“Para participar en cualquier contrato, programa o proyecto clasificado, el contratista deberá disponer de la HSEM del grado adecuado a la información que vaya a manejar. Las HSEM podrán ser de uno de los siguientes grados: “SECRETO o equivalente”, “RESERVADO o equivalente” y “CONFIDENCIAL o equivalente”.

Las empresas que participen en el desarrollo de actividades clasificadas también deberán disponer, de forma previa a su adjudicación, de las correspondientes habilitaciones, tal y como se especifica en el apartado anterior.

La concesión de una HSEM implica que la Autoridad Nacional ha determinado positivamente la capacidad y fiabilidad de un contratista para generar y acceder a información clasificada hasta un determinado grado, sin que le habilite para manejar o almacenar dicha información en sus propias instalaciones.

Aquellos contratistas que necesiten manejar, almacenar o generar información clasificada en sus instalaciones necesitarán disponer, además, de HSES del grado adecuado.”

No se trata por tanto, propiamente, de un requisito de solvencia, sino de aptitud profesional para poder ejecutar las prestaciones del contrato (art. 54.2 TRLCSP), de forma análoga a lo que sucede, en términos más generales, con las autorizaciones o habilitaciones profesionales para ejercer una actividad, las cuales, conforme ya señalaba este Tribunal en sus resoluciones nº 384/2014, de 19 de mayo, y 465/2014, de 13 de junio, constituyen un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto.

Bajo tal premisa, y no siendo objeto de discusión la procedencia de que sean exigidas a los licitadores, hemos de centrarnos en el concreto supuesto de las uniones de empresarios y en la viabilidad de que, como hace el pliego que examinamos, puedan ser

exigidas a todas y cada una de las empresas que concurren así agrupadas sin que se permita una suerte de acumulación que admitiese como suficiente el que sólo alguna o algunas de ellas dispusieren de la correspondiente habilitación, según defiende el recurrente respecto de la HSES para el supuesto en que algunas de las así concurrentes no hubieran de manejar información clasificada en sus instalaciones.

Para un supuesto similar, en la Resolución nº 130/2014 de este Tribunal, de 14 de febrero de 2014, en referencia a la exigencia a los licitadores de encontrarse acreditados por ENAC en base a determinadas normas UNE, se analizaba si dichas certificaciones exigidas por el pliego de cláusulas administrativas constituían una habilitación empresarial exigible a todas y cada una de las empresas que formarán la UTE o, en su caso, si se trataba de un presupuesto de solvencia técnica acumulable entre las empresas que concudiesen en UTE.

Razonábamos entonces que las habilitaciones empresariales son requisitos de capacidad para contratar que no pueden ser confundidas con los propios de exigencia de solvencia técnica o profesional, llegando a la conclusión de que tal era la naturaleza de las certificaciones entonces exigidas. De igual modo, estimamos en el caso que aquí nos ocupa que también las habilitaciones de seguridad sobre las que gira el debate constituyen requisitos de capacitación y aptitud para la ejecución del contrato y no estrictamente exigencias de solvencia técnica o profesional. Y ello, a pesar de que en la Ley 24/2011 como hemos indicado se haga mención a las mismas en el mismo precepto regulador de dicha solvencia, en la medida en que estimamos que tal referencia lo es como un requisito añadido a tal solvencia, pero sin participar en sentido estricto de su naturaleza, puesto que con estas habilitaciones no se trata de justificar que el licitador disponga de la capacidad empresarial y medios suficientes para poder llevar a buen fin el contrato, sino que, más propiamente, ante lo que nos encontramos es frente a un requisito ineludible para poder ejecutar las prestaciones del mismo, en cuanto autorizaciones que habilitan para el acceso y manejo de la información clasificada concernida por el desarrollo de las prestaciones de los servicios objeto del Acuerdo Marco.

Bajo tal premisa, puede reiterarse aquí lo que ya indicábamos en la Resolución previamente citada en cuanto a la exigencia de este tipo de certificaciones o habilitaciones a las distintas empresas concurrentes en UTE a una licitación:

“Así, en un supuesto como el que aquí se analiza y que es la causa de exclusión de algún miembro de la UTE, la acreditación de los certificados expedidos por ENAC concurre en dos de las tres empresas y falta en una de ellas, por lo que, de acuerdo con lo resuelto por este Tribunal en reiteradas resoluciones como la 254/2011 o la 60/2012, no procede la acumulación en las UTEs de las certificaciones de calidad exigidas, salvo que, como se decidió en la Resolución 141/2013, se acreditara que la entidad carente de estos certificados de calidad no intervendría para nada en las actuaciones a las que se refieren dichos certificados realizando otras actividades complementarias que no afectarían al objeto directo del contrato cubierto mediante las acreditaciones exigidas, supuesto en el que sí cabría dicha acumulación al realizar la empresa no cubierta por las certificaciones actividades relacionadas con la misma”.

Esta última circunstancia, esto es, el que la empresa carente del certificado exigido realizase exclusivamente actividades complementarias ajenas por completo al ámbito cubierto por la certificación, debe ser acreditada por el correspondiente licitador.

Trasladando estas consideraciones a nuestro caso, hemos de concluir igualmente en que la regla de acumulación de solvencias no es trasladable a las habilitaciones de seguridad en controversia, siendo exigibles las mismas a todas las empresas, concurrentes o no en UTE, en la medida en que vengan exigidas por la naturaleza de la prestación contractual. Y ello con la única excepción de que se justificase que para la ejecución del objeto contractual no fuese preciso que alguna de las empresas concurrentes en UTE llevase a cabo las actividades concernidas por la habilitación correspondiente, pesando aquí sobre la recurrente la carga de justificar tal extremo.

Este criterio se acomoda a los razonamientos del Informe 29/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que se cita en el recurso (cuyo criterio fue ya acogido por este Tribunal en la Resolución nº 141/2013, de 10 de abril), descansando sobre la idea de que este tipo de autorizaciones o habilitaciones han de ser exigidas a todas aquellas

empresas integrantes de una futura UTE que hayan de desarrollar las actividades a que las mismas se refieren (no así a aquellas otras cuya intervención en la ejecución contractual no alcance a tales actividades), dado que este tipo de autorizaciones o certificaciones alcanzan tan solo a la actividad de la concreta empresa a la que se han concedido, sin que puedan servir para acreditar el cumplimiento de los requisitos de aptitud que entrañan por otras que no los posean. Por idéntica razón, además, tampoco es aceptable en este ámbito la posibilidad asimismo mencionada en el recurso de que este requisito se pudiera cumplir mediante la integración de medios externos tal y como se permite para la solvencia, puesto que, insistimos, de lo que se trata es de comprobar que la empresa de que se trate goza de aptitud para llevar a cabo por sí misma las tareas correspondientes al objeto del contrato.

Llegados a este punto, cobra especial relevancia la manifestación del órgano de contratación en su informe relativa a que *“ante la más que posible necesidad por parte del contratista de manejar y almacenar información clasificada en sus instalaciones, requiere que el mismo (sea un único empresario, sea una UTE) disponga de las correspondientes Habilitaciones de Seguridad de Establecimiento (HSES). La propia naturaleza de las misiones que realiza el Operador Logístico del Ministerio de Defensa, así como la particularidad del material y de la información clasificada que debe manejar y custodiar, determina que se establezca la exigencia de unos requisitos acordes a estas circunstancias y con total separación del de cualquier otro cliente, en lugar debidamente protegido y con personal cualificado para la gestión de las actividades citadas.*

Por ello, ha de exigirse a todas las empresas que concurren integradas en UTE que acrediten que disponen de las habilitaciones de seguridad establecidas en los pliegos del expediente, sin que sea posible, como solicita la recurrente, la aplicación de una “acumulación de solvencias”. Debe tenerse en cuenta, además, que estamos ante unos elementos que están relacionados con la ejecución del Acuerdo Marco, en el sentido de considerar que, si no se dispone de las habilitaciones requeridas, no se puede ejecutar el contrato”.

Se razona pues la necesidad de que todas las empresas que vayan a llevar a cabo las prestaciones propias de los contratos objeto del Acuerdo Marco dispongan de estas

habilitaciones, sin excepción, para poder llevar adelante la ejecución. Dicha circunstancia, coherente con la naturaleza del objeto del Acuerdo Marco, no es en ningún momento desvirtuada por la empresa recurrente, quien no desciende en su argumentación a detallar cuál sea la concreta razón por la que deba entenderse que, para la ejecución de los distintos contratos objeto del Acuerdo Marco, no sería preciso que alguna de las empresas concurrentes en UTE tuviera acceso a información clasificada en sus instalaciones, limitándose a formular una mera hipótesis en tal sentido, lo que no resulta suficiente para que se pueda admitir que, como se postula, deba estimarse improcedente la exigencia de la habilitación HSES para aquellas empresas concurrentes en UTE que formulen una declaración responsable manifestando que no van a manejar información clasificada en sus instalaciones.

Entendemos, por otra parte, que la anterior conclusión no se ve desvirtuada por el tenor del apartado 6.9 de la Norma NS/06, por cuanto la previsión de la misma relativa a que, en el caso de uniones temporales de empresas, esta habilitación (HSES) venga exigida a aquellas empresas que vayan a manejar información clasificada en sus instalaciones no supone sino el mínimo de exigencia en relación con los contratos que exijan manejar o impliquen el acceso a información clasificada, sin que de su tenor pueda extraerse, como pretende el recurrente, la prohibición de exigencia de esta habilitación a todos los miembros de la UTE cuando así venga exigido por el contenido de las prestaciones del contrato, conforme a lo previamente razonado. En tal sentido, no se advierte obstáculo para que, conforme ha apreciado el órgano de contratación atendiendo a la naturaleza de las prestaciones a realizar, se establezca la exigencia de disponer de estas habilitaciones con carácter general para todas y cada una de las empresas que concurran en UTE a la licitación.

En definitiva, si bien no es conforme a Derecho la introducción de requisitos que puedan reducir sin fundamento la libre concurrencia de los licitadores, de acuerdo con los principios previstos en el artículo 1 del TRLSCP, no entiende el Tribunal que en este caso concurra esta circunstancia, dado que en el recurso no se desvirtúa la manifestación del órgano de contratación de que la exigencia de las habilitaciones de seguridad a todos y cada uno de los miembros de una UTE viene exigida por el contenido de las prestaciones a desarrollar en los contratos objeto del Acuerdo Marco, lo que justifica tal medida, no

siendo de aplicación a estas habilitaciones la regla de acumulación de solvencias entre los miembros de la UTE, conforme a lo previamente razonado.

Sexto. Despejado lo anterior, resta por examinar el segundo motivo de impugnación articulado por la empresa recurrente, referido a la pretendida necesidad de que ya al tiempo de presentar las ofertas alguna de las empresas concurrentes en UTE acredite disponer de la habilitación HSEM, lo que conecta con la cuestión relativa al momento en que debe requerirse la acreditación de disponer de estas habilitaciones.

Sobre esta cuestión, el último párrafo de la cláusula 17 del PCAP indica que *“el adjudicatario deberá acreditar las certificaciones a expedir por el Departamento de Defensa de los EEUU y el resto de Acuerdos o Habilitaciones de seguridad exigibles en el presente PCAP en el momento de la firma del documento de formalización del presente Acuerdo Marco”*.

En coherencia con ello, en la cláusula 22, referida al contenido de las proposiciones, se recoge, en lo relativo a la documentación a incluir en el Sobre núm. 1 (apartado N), la declaración responsable de estar en posesión o en trámites de obtener la documentación correspondiente a las Habilitaciones de Seguridad en la Información recogidas en la Cláusula 17, precisándose que, con posterioridad, el adjudicatario deberá acreditar las certificaciones, Acuerdos o Habilitaciones de seguridad exigibles en el momento de la firma del documento de formalización del Acuerdo Marco, lo que se reitera en el primer párrafo de la cláusula 40.

Frente a esta previsión, estima la empresa recurrente, con amparo en las previsiones de la reiterada Norma NS/06, que debería exigirse que alguna de las empresas participantes en la UTE tenga concedida la correspondiente HSEM en la propia presentación de dicha oferta.

La cuestión que aquí se plantea aparece expresamente resuelta en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 24/2011, en la que, tras señalar su apartado 1 que cuando se trate de contratos públicos que supongan el uso de información clasificada o requieran el acceso a la misma, deberá tenerse en cuenta lo establecido en las disposiciones

reglamentarias que dicte la Autoridad Nacional de Seguridad para la Seguridad de la Información Clasificada, se establece en el apartado 2 que:

“La acreditación por el candidato o licitador de que dispone de la habilitación correspondiente se realizará por la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada designada por Orden PRE/2130/2009, de 31 de julio, que designa la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada originada por las partes del Tratado del Atlántico Norte, por la Unión Europea y por la Unión Europea Occidental o norma que la sustituya, a solicitud del órgano de contratación. Esta última verificará el grado de la habilitación de seguridad de empresa o, en su caso, de la habilitación de seguridad de establecimiento de que dispone el candidato o licitador. Dicha acreditación deberá realizarse con anterioridad al momento en que sea necesario tener acceso a la información clasificada y, en todo caso, con anterioridad a la adjudicación del contrato”.

El inciso final de esta disposición deja claramente establecido la necesidad de que los licitadores acrediten disponer de este tipo de habilitaciones de seguridad (de todas ellas, no sólo la HSEM) con carácter previo a la adjudicación del contrato, de tal suerte que el pliego que aquí nos ocupa, al demorar tal circunstancia al momento de la formalización del contrato, infringe dicha norma.

Al margen de la previsión normativa citada, lo cierto es que no resulta admisible que se proceda a la adjudicación de un contrato (de un acuerdo marco en este caso) a un empresario que no haya acreditado aún que reúne el requisito de la habilitación profesional precisa para la ejecución del contrato (art. 54.2 TRLCSP), siendo así que los requisitos para contratar deben acreditarse previamente a la adjudicación (así resulta, por ejemplo, de lo previsto en la actual redacción del art. 146.4 TRLCSP).

Consecuentemente, el momento último al que puede remitirse la acreditación de este requisito es el del trámite de requerimiento de documentación al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, previsto en el art. 151.2 TRLCSP (contemplado en este caso en la cláusula 36 del pliego).

Séptimo. En definitiva, y atendiendo a cuanto se ha razonado, procederá estimar parcialmente el recurso, anulando las siguientes cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares: 17, en su último párrafo; 22, en lo relativo al apartado N de la documentación correspondiente al Sobre núm. 1; y 40, en su primer párrafo, estrictamente en cuanto en las mismas se refiere al momento de la formalización del Acuerdo Marco la acreditación de que el adjudicatario dispone de las certificaciones, acuerdos o habilitaciones de seguridad exigidos por dicho pliego, debiendo exigirse la acreditación de disponer de las habilitaciones de seguridad requeridas con anterioridad a la adjudicación.

En lo demás, se desestima el recurso.

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. G.L.M.-E., en nombre y representación de la mercantil HIJOS DE JUSTO M. ESTÉLLEZ, S.A., frente al pliego de cláusulas administrativas particulares rector del "Acuerdo Marco para el servicio de operador logístico para las Fuerzas Armadas en el Ministerio de Defensa", anulando las siguientes cláusulas de dicho pliego: 17, en su último párrafo; 22, en lo relativo al apartado N de la documentación correspondiente al Sobre núm. 1; y 40, en su primer párrafo, en cuanto en las mismas se establece que la acreditación por parte del adjudicatario de disponer de las certificaciones, acuerdos o habilitaciones de seguridad exigidos por dicho pliego se realice en el momento de la formalización del Acuerdo Marco, debiendo exigirse la acreditación de disponer de las habilitaciones de seguridad requeridas con anterioridad a su adjudicación.

Se anula asimismo, en consecuencia, el procedimiento de licitación, con retroacción de actuaciones al momento inicial del mismo, pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento en el que se corrija la infracción legal apreciada.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación conforme a lo previsto en el art. 47.4 del TRLCSP.

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 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.