



Roj: **SAN 4566/2012 - ECLI:ES:AN:2012:4566**

Id Cendoj: **28079230062012100536**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/10/2012**

Nº de Recurso: **340/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUCIA ACIN AGUADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a treinta de octubre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso-administrativo nº 340/11 que, ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional, ha promovido **PROSEGUR COMPAÑIA DE SEGUROS SA** representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Carolina Pérez-Sauquillo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 11 de mayo de 2011 (nº 139/2011) que acuerda estimar parcialmente el recurso interpuesto por la Asociación de Empresas de Seguridad Privada Integral contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la adjudicación y ejecución del contrato para "el servicio de vigilancia y control de accesos, vigilancia y seguridad en diversos edificios dependientes de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales" (110007-j). Ha intervenido como demandada la Asociación de Empresas de Seguridad Privada Integral (AESPI) representada por el Procurador D. José Manuel Villasante García. La cuantía del recurso es de 404.547,64 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Junta de Contratación del Ministerio de Cultura convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado de 26 de marzo de 2011 licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato para "el servicio de vigilancia y control de accesos, vigilancia y seguridad en diversos edificios dependientes de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales" (110007-j) por importe de 8.737.671,10 .

Contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la contratación de los servicios indicados interpuso recurso el día 13 de abril de 2011 la Asociación de Empresas de Seguridad Integral, que fue estimado parcialmente por resolución de 11 de mayo de 2011 del *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*.

SEGUNDO: El 13 de julio de 2011 la representación procesal de la parte recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la *sección Sexta* donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 15 de marzo de 2012 la parte solicitó "*se dicte sentencia por la que, con estimación del recurso, se declare contraria a derecho, se anule y deje sin efecto la resolución del TACRC de 11 de mayo de 2011*".

Emplazado el demandado para que contestara la demanda así lo hizo en escrito de 25 de mayo de 2012 en el que solicitó la desestimación del recurso.

Acordado el recibimiento a prueba se practicaron las declaradas pertinentes. Presentadas conclusiones quedaron el 8 de octubre de 2012 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 23 de octubre de 2012 en que así tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : El acto recurrido es la resolución nº 139/2011 de 11 de mayo de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) estima parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA INTEGRAL con fecha 13 de abril de 2011, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la adjudicación y ejecución del contrato para "el servicio de vigilancia y control de accesos, vigilancia y seguridad en diversos edificios dependientes de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales" (110007-j), ordenando la modificación de los mismos en los términos que siguen:

- a) Es correcta la exigencia de disponer de una central receptora de alarmas pero sin exigir que su disponibilidad sea por título de propiedad.
- b) No puede utilizarse como criterio de adjudicación la titularidad de una central de alarmas, ni valorarlo en función de que se disponga de ella como propia o como concertada.
- c) No es ajustada a derecho la exigencia de un centro de control de atención presencial y permanente ubicado en la misma provincia en que se encuentre situado el museo de cuya vigilancia se trate.
- d) La valoración asignada a la titularidad o disponibilidad de un centro de formación para el personal no se ajusta a derecho.
- e) La utilización de un criterio de adjudicación valorado en función de la cuantía de la cobertura ofrecida por una póliza de seguro de responsabilidad civil no es ajustada a derecho.

SEGUNDO: Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones en el escrito de demanda.

1. Falta de legitimación de la sociedad recurrente para interponer el recurso contra los pliegos de cláusulas administrativas ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales dado que forman parte de dicha asociación sociedades que han presentado ofertas, por lo que no puede admitirse que a través de dicha asociación se pueda impugnar un pliego previamente aceptado.
2. La conformidad a derecho de los pliegos del concurso dada la discrecionalidad técnica de la Administración para fijar los criterios que han de reunir los que concurran al concurso.

TERCERO : Alega el recurrente en el escrito de demanda la falta de legitimación de la sociedad recurrente para interponer el recurso contra los pliegos de cláusulas administrativas ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales dado que forman parte de dicha asociación sociedades que han presentado ofertas, por lo que no puede admitirse que a través de dicha asociación se pueda impugnar un pliego previamente aceptado.

Hay que tener en cuenta que la salvaguarda de la libre competencia es un principio inspirador de la normativa de contratación pública . Así el artículo 1 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Publico referido al objeto y finalidad de la ley señala que " *La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre COMPETENCIA y la selección de la oferta económicamente más ventajosa .* "

Como señala la guía sobre contratación pública de la CNC " *La competencia entre los licitadores es la manera de asegurar que las entidades del sector público, y la sociedad en última instancia, se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados. Unas condiciones de competencia deficientes conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios y por tanto para los ciudadanos. Es por ello que la defensa de la competencia en esta área de actividad es consistente con los principios que rigen la propia normativa sobre contratación pública, a saber: la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y la búsqueda de una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa .* "

Teniendo en cuenta el interés manifestado por el legislador de que la competencia sea un principio que inspire la normativa de la contratación pública, la legitimación para recurrir ante el Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales los pliegos de los contratos por parte de asociaciones que en sus estatutos hayan establecido como uno de sus fines la defensa de la competencia no debe quedar limitada por el hecho de



que varias de las empresas que han licitado formen parte de la asociación que ha recurrido el pliego. No se trata de defender el interés particular de unas concretas empresas sino el interés general de que en el procedimiento de contratación pública no se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia, siendo una manera idónea la impugnación del pliego ante dicho Tribunal al objeto de que un propio órgano de la Administración al examinar los pliegos del contrato controle de forma inmediata y tras un breve procedimiento (el recurso especial se interpuso el 13 de abril de 2011 y se resolvió el 11 de mayo del mismo año) que los órganos de contratación no han introducido restricciones injustificadas a la competencia, corrigiendo en su caso antes de que produzca la adjudicación del contrato la actuación administrativa que considere restrictiva de la competencia.

CUARTO: La actuación de la Administración Pública en la licitación de un contrato para la ejecución de un servicio debe estar presidida por el principio de servicio a los intereses generales y el principio de eficacia como señala el recurrente y precisamente un interés general es que se respete el principio de libre concurrencia. Ello no supone como señala el recurrente *"la popularización de la participación"* mediante la eliminación de requisitos de carácter técnico que pueden impedir la participación de cualquier empresa sino que lo que se pretende es garantizar el máximo de concurrencia exigiendo que los requisitos de solvencia y de carácter técnico que se establezcan estén debidamente justificados teniendo en cuenta el objeto del contrato y sean proporcionales al mismo. Por ello en la tramitación del procedimiento ante el TACRC se ha solicitado un informe al órgano de contratación al objeto de que justifique la inclusión de las cláusulas del pliego del contrato que la asociación recurrente en vía administrativa ha considerado restrictivas de la competencia.

Rechazada la falta de legitimación, procede examinar cada una de las exigencias establecidas en el pliego de condiciones que según el TACRC estimando el recurso especial interpuesto por la asociación aquí demandada constituyen una restricción a la libre concurrencia, de lo que discrepa Prosegur la sociedad recurrente en este recurso contencioso-administrativo.

QUINTO : En cuanto a la exigencia de la central de alarmas, el TACRC señala que tiene un doble tratamiento en los pliegos de licitación ya que por una parte es una exigencia genérica para la empresa adjudicataria prevista en la cláusula 3.3 del pliego de prescripciones técnicas y en segundo lugar es un criterio a valorar para la adjudicación del contrato. En la parte dispositiva señala que 1) es correcta la exigencia de disponer de una central receptora de alarmas pero sin exigir que su disponibilidad sea por título de propiedad y que 2) no puede utilizarse como criterio de adjudicación la titularidad de una central de alarmas ni valorarlo en función de que se disponga de ella como propia o como concertada.

Considera el TACRC que estas previsiones del pliego no es acorde con el principio de libre concurrencia a las licitaciones ya que el título jurídico en virtud del cual se dispone de la central de recepción no es relevante sino en su caso que se dispongan de unos recursos y unos tiempos de atención y respuesta de la central receptora.

La parte recurrente indica que la cláusula 3.3 del pliego de prescripciones técnicas no exige ser titular de las mismas, por lo tanto no debía ser corregida.

La redacción de la cláusula es confusa y puede dar lugar a que se interprete que se exija tener en propiedad la central receptora de alarmas, máxime teniendo en cuenta que como criterio de graduación se establecía hasta 2 puntos si son "propias o concertadas" lo que podía llevar a otorgar 2 puntos si son propia y 0 concertadas. Por ello el hecho de que el TACRC clarifique el contenido de la cláusula es conforme a derecho, compartiendo esta Sala sus razonamientos.

SEXTO: En cuanto a la disponibilidad del centro de control que cuente con emisora propia y atención presencial y permanente en la provincia en que se encuentre ubicado el museo como condición, el TACRC considera que ese criterio de territorialidad constituye una restricción a la libre concurrencia que no viene avalada por disposición legal alguna ni puede considerarse ante la escasez de argumentaciones aducidas por el órgano de contratación como una prestación integrada en el objeto del contrato, por lo que no puede incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas. En consecuencia en la parte dispositiva declara que no es ajustada a derecho la exigencia de un centro de control de atención presencial y permanente ubicado en la misma provincia en que se encuentre situado el museo de cuya vigilancia se trate.

La parte recurrente hace referencia a la guía sobre contratación pública y competencia editada por la CNC que en el punto 3 referido a la *"discriminación por razones del territorio"* señala que esta prohibida toda cláusula que exija la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio de referencia pero en uno de los ejemplos que cita en que se exigió que la empresa estuviera radicada físicamente en la región de ubicación de la Administración que quería contratar el servicio se dijo que *"a menos que el servicio no pueda prestarse telemáticamente no parece lógico que se imponga la obligación de que la empresa tenga su sede en tal Comunidad Autónoma"*. En este caso entiende que debe aplicarse este criterio ya que el servicio no puede



prestarse telemáticamente puesto que los centros de control deben contar en exigencias del PPT con atención presencial y permanente, servicio de acuda y custodia de llaves.

El TACRC en la resolución recurrida no afirma que cualquier criterio de territorialidad supone una restricción a la libre concurrencia sino que afirma que hay que analizar el supuesto concreto para examinar si ese requisito de ubicación territorial viene exigido en los pliegos como una necesidad derivada de la propia naturaleza del contrato, en cuyo caso no podría negarse la legalidad de la exigencia del requisito examinado y su relación directa con el objeto del contrato.

En este sentido el órgano de contratación que fue la Junta de Contratación del Ministerio de Cultura (folios 34 a 36) en el informe de 15 de abril de 2011 emitido en relación al recurso presentado por dicha asociación consideró que *"La prestación del servicio objeto de licitación no sólo se plantea a centro abierto sino que evidentemente se extiende a centro cerrado, dada la singularidad de los fondos custodiados en los mismos y que son integrantes de nuestro patrimonio cultural. Ello hace que la disponibilidad de todos estos medios técnicos y materiales, cobren una especial importancia y prioridad, ya que la rapidez en la respuesta y la inmediatez en la ejecución son básicos ante cualquier incidencia"*. Este razonamiento no se considera justifique la exigencia del requisito de la territorialidad teniendo en cuenta el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran.

El objeto del contrato es según el anexo I el servicio de control de accesos, vigilancia y seguridad en diversos edificios dependientes de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y su duración es de un año. En el apartado 3.1 referido a condiciones generales del servicio a prestar se indica que *"El servicio, objeto de este pliego comprenderá las labores de control de accesos, vigilancia y seguridad en las edificaciones y recintos relacionados en el anexo I y en las instalaciones del subsuelo. Se realizará las 24 horas del día todos los días del año, con independencia del carácter laborable o festivo del mismo"*. En el apartado 3.2 referido a Procedimiento ante incidencias y alarmas se indica que *"en caso de incidencias o alarmas, se actuará siguiendo el siguiente procedimiento: Si el Museo está abierto: se comunicará la alarma al responsable de seguridad del Museo, quien determinará el procedimiento a seguir y las comunicaciones a establecer. La incidencia quedará reflejada en el parte diario. Si el Museo está cerrado: se deberán manipular de inmediato los dispositivos correspondientes según las instrucciones y protocolos de actuación establecidos en cada caso, y se deberá informar lo antes posible al responsable de seguridad del Museo, quien determinará el procedimiento a seguir y las comunicaciones a establecer"*. Por otra parte la relación de centros incluidos en el pliego son 19 centros y en todos ellos salvo en 1 se exigen 2 vigilantes las 24 horas todos los días del año (en algunos más), además de otros en horario diurno. Asimismo se establece en el apartado 4.1.1 al recoger las funciones de los vigilantes de seguridad privada: que deberán realizar servicio de rondas interiores, tanto diurnas como nocturnas, utilizando para el control de estas los dispositivos y sistemas instalados al efecto no pudiendo transcurrir más de dos horas entre ronda y ronda en ningún caso en ningún museo salvo orden expresa del responsable de la seguridad del museo.

Teniendo en cuenta lo anterior no se considera que sea necesario para realizar los servicios contratados que se disponga de un centro de control en la provincia donde se ubique el Museo. Ciertamente los servicios de atención presencial, los servicios de acuda y de custodia de llaves no pueden prestarse de forma telemática, pero ello no implica que al no poderse prestarse de forma telemática esté justificado teniendo en cuenta el objeto del contrato, las prestaciones contratadas y las condiciones de prestación del servicio que esté justificada la exigencia de la ubicación territorial. Una cosa es que legalmente se exija que el centro de control deba contar con atención presencial y permanente, servicio de acuda y custodia de llaves y otra examinar si en este caso esos servicios que presta el centro de control deben estar ubicados en la provincia donde se presta el servicio. En este caso el criterio de la territorialidad no es necesario teniendo en cuenta el objeto del contrato, la forma en que se presta el servicio y las prestaciones que lo integran. Así la asistencia presencial se presta directamente por al menos dos vigilantes de seguridad en cada Museo las 24 horas del día, no se precisa un servicio de acuda cuando esos vigilantes están en el propio centro esté abierto o cerrado el Museo y por tanto pueden comunicar la alarma al responsable de seguridad del Museo que es el servicio contratado. En cuanto al servicio de custodia de llaves se puede prestar en el propio centro dado que está permanentemente vigilado. Incluso en el caso de que se tuvieran que llevar armas durante el servicio en el apartado 5.1 referido a las obligaciones de la empresa adjudicataria se establece que *"si por exigencias legales u operatividad fuera necesaria la instalación o traslado de un armero para la protección y custodia de las armas de sus vigilantes, será por cuenta de la empresa adjudicataria los gastos que genere la adquisición e instalación de dichos armeros, así como los trámites y gestiones de homologación ante las autoridades correspondientes. Este suministro será propiedad de la empresa adjudicataria."*

SEPTIMO: En relación a la exigencia de un centro de formación propio del adjudicatario considera el TECRC que debe ser suprimido dicho requisito ya que no tiene relación o vinculación alguna con el objeto del contrato y, por consiguiente, no puede ser utilizado como medio para determinar cuál de las ofertas es la más ventajosa.



Tampoco el órgano de contratación da una explicación que justifique el establecimiento de esa exigencia ya que lo relevante es que la formación recibida por los vigilantes esté relacionada con el objeto del contrato. Así en el apartado de formación 5.6 se establece que *"Todos los vigilantes de seguridad deberán haber realizado un curso específico para el servicio de Museos en los últimos cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de la adjudicación. Si a la fecha de la contratación de este servicio, hubiera algún Vigilante de Seguridad sin este curso o hubieran transcurrido más de 5 años desde el último realizado, la empresa facilitará dicho curso en el plazo de 6 meses a partir de la firma del contrato."*

OCTAVO: En cuanto a la exigencia de aportación por los licitadores de una póliza de seguro de responsabilidad civil cuyo importe debe ser como mínimo de 6.000.000 euros.

El TECRC entiende que la exigencia de la póliza mencionada puede jugar un doble papel en el ámbito de la contratación del sector público. En primer lugar, puede ser entendida como una exigencia de solvencia patrimonial adicional y, en segundo, como una garantía adicional para el caso de que la empresa incurra en responsabilidad como consecuencia de la ejecución del contrato.

En este caso señala el TECRC citando el artículo 51.1 y 64.2 de la Ley de Contratos que no cabe exigir la suscripción de pólizas de seguro que tengan como finalidad acreditar la solvencia financiera o económica de las empresas en aquellos casos en que sea legalmente exigible la clasificación. En el caso de que la póliza de responsabilidad civil tenga como finalidad garantizar las responsabilidades derivadas de la ejecución del contrato el artículo 83 de la Ley de Contratos del Sector Público fija cuales son las garantías máximas exigibles que no puede exceder del 10% del precio del contrato y así establece que *"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"*. Admite el TECRC que además de esa garantía puede exigirse la suscripción de una póliza de seguro con finalidad de garantizar determinados daños cuando se trate de contratos que tengan por objeto prestaciones que impliquen un especial riesgo de que sufran daño las cosas que constituyen el objeto mismo de la prestación.

En este caso considera el TECRC ajustada a derecho la exigencia de esa garantía adicional, además de esa garantía complementaria prevista en el artículo 83 de la LCE atendida la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato. Ahora bien entiende que no es conforme a derecho la fórmula de valoración utilizada ya que atribuye mayor puntuación a la proposición que tenga una cobertura mayor al exigirse sólo un mínimo y entiende que lo razonable es fijar la cuantía de la responsabilidad cubierta por la póliza en función del criterio de los órganos técnicos. Por ello en la parte dispositiva declara que no es conforme a derecho *"la utilización de un criterio de adjudicación valorado en función de la cuantía de cobertura ofrecida por una póliza de seguro de responsabilidad civil no es ajustada a derecho"*.

Frente a ello alega Prosegur que esa fórmula pretende estimular que las empresas licitadoras realicen un esfuerzo adicional para prestar una mayor cobertura a los riesgos asegurados, pero ello no puede convertir el procedimiento de adjudicación en una subasta al alza sin límite alguno sino que debe fijarse por el órgano técnico correspondiente una cuantía y coberturas aseguradas que permitan valorar que la empresa que ha presentado la oferta tiene garantías suficientes de poder afrontar el encargo sin riesgo para la Administración y que al mismo tiempo permita a las empresas licitadoras conocer el importe de la garantía adicional que se exigen, del mismo modo que se fija en la ley el límite mínimo (5%) y máximo (10%) de las garantías complementarias.

NOVENO: Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **PROSEGUER COMPAÑIA DE SEGUROS SA** contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 11 de mayo de 2011 (nº 139/2011) que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. No se hace condena en costas



Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ