



Recursos nº 1258/2015

Resolución nº 26/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 15 de enero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.G.R., en nombre y representación de MEGASEGUR, S.L., contra la Resolución de adjudicación del contrato de servicios de vigilancia y seguridad sin armas de determinados centros de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) de Almería para el periodo 01-01-2016 a 31-12-2016 (expt. 14/2015T), en la que se notifica a la recurrente su exclusión, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por el órgano de contratación, la Dirección Provincial de la TGSS de Almería, se convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el 24 de septiembre de 2015, y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 25 de septiembre de 2015, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de servicios de de vigilancia y seguridad sin armas de determinados centros de la Dirección Provincial de la TGSS de Almería para el periodo 01-01-2016 a 31-12-2016, con un valor estimado de 412.119,50 euros.

Segundo. La Mesa de contratación, en su sesión de 14 de octubre de 2015, procedió a la apertura y calificación de la documentación presentada en el sobre 1. En lo que se refiere a la declaración responsable del artículo 146.4 del 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 (TRLCSP), la Mesa observó que la entidad recurrente no había cumplimentado el apartado 3 en el que se indica que la empresa cumple con la habilitación empresarial o profesional exigible, conforme a los requisitos previstos en la cláusula octava del pliego de cláusulas administrativas que rige esta contratación, y, particularmente, la declaración de que cumple con la habilitación correspondiente a

"Explotación de Centrales de Alarmas", ya que sólo declaraba que disponía de la habilitación correspondiente a "Vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos y certámenes o convenciones". Así las cosas, la Mesa acordó conceder a la empresa un plazo no superior a tres días hábiles para subsanar dicha omisión.

En su sesión de 21 de octubre de 2015, la Mesa de Contratación constató que la entidad recurrente no había subsanado la citada omisión, toda vez que el modelo declaración responsable del artículo 146.4 del TRLCSP y el Certificado del Ministerio del Interior acredita la habilitación empresarial o profesional referente a la "Vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos y certámenes o convenciones," pero no la correspondiente a la de "Explotación de Centrales de Alarmas", tal como se exige en la cláusula 8.1.3 del PCAP a los licitadores para poder realizar la prestación que constituye el objeto del contrato. Por este motivo, la Mesa de Contratación acordó por unanimidad, conforme a lo previsto en el apartado 13.3 del PCAP, rechazar, no admitiendo a la licitación, la oferta presentada por la entidad recurrente.

Mediante Resolución de la Dirección Provincial de la TGSS de Almería, de fecha 13 de noviembre de 2015, se resuelve adjudicar el contrato a la UTE SURESTE SEGURIDAD S.L. y SURESTE SISTEMAS DE SEGURIDAD S.A. Con fecha de 16 de noviembre de 2015 fue notificada la referida Resolución de adjudicación al adjudicatario y al resto de las empresas licitadoras y publicada en el perfil del contratante. En el anexo incorporado a la citada Resolución se detallan las proposiciones presentadas y los candidatos descartados, constandingo como única oferta descartada en la licitación la de la entidad recurrente *"por la falta de acreditación en la documentación aportada, del cumplimiento de las condiciones de aptitud para contratar con la administración (habilitación empresarial o profesional requerida en la cláusula 8.1.3 de los PCAP no acredita: Explotación de Centrales de Alarmas")*.

Tercero. Con fecha 2 de diciembre de 2015, la entidad recurrente presentó en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato. No consta la presentación de anuncio previo a la interposición ante el órgano de contratación.

En su recurso, la entidad recurrente solicita que se declare la nulidad de la Resolución de adjudicación, acordando readmitir en la licitación a dicha entidad a fin de que se proceda a la apertura del sobre 2 presentado y a la adecuada valoración de su oferta.

Cuarto. Con fecha de 14 de diciembre de 2015, se recibió en este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores el 14 de diciembre de 2015, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones, sin que hasta la fecha ello haya tenido lugar.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha de 17 de diciembre de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución por la que se mantenía la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. En relación al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe tenerse en cuenta que fue el 21 de octubre de 2015 el día en que, según consta en el acta de la mesa de contratación, la entidad recurrente fue excluida del procedimiento. No obstante no consta en el expediente de contratación comunicación alguna a la recurrente de la citada exclusión. Así las cosas, habría que traer a colación lo dispuesto en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y cuyo artículo 19.3 expresamente dispone que: *“Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo*

de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión.”.

En este supuesto y dado que no ha habido notificación al licitador excluido o al menos no consta como tal, es procedente entender que cabe recurrir el acuerdo de adjudicación en el que consta la exclusión de entidad recurrente y que el computo del plazo para recurrir se inicia desde la fecha de notificación del citado acuerdo. Por consiguiente, dado que éste fue notificado el 16 de noviembre de 2015 y el recurso se interpuso el 2 de diciembre de 2015, se han cumplido las previsiones que, respecto al plazo para recurrir, establece el párrafo primero del artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero. En lo que se refiere a la falta de anuncio previo, este Tribunal, como ya ha señalado en resoluciones anteriores, considera que el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere ésta, se va a interponer el pertinente recurso. Esta circunstancia podría considerarse necesaria cuando la interposición se realice directamente ante el registro de este Tribunal, pero no cuando la interposición se realice ante el órgano de contratación pues, en este caso, es evidente que la propia interposición asegura el cumplimiento de la intención del legislador. Incluso en el supuesto de que el recurso se presente directamente ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la Ley de Contratos del Sector Público obliga a éste a notificarlo en el mismo día al órgano de contratación y, en consecuencia, el conocimiento por parte de éste es inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe. Por tanto, la omisión del requisito en los casos en que la interposición del recurso se verifique directamente ante el órgano de contratación, como en el presente supuesto, no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y al dictado de una resolución sobre el fondo del recurso.

En este sentido, el artículo 17 del Real Decreto 814/2015 ha establecido que: *“La presentación del escrito de interposición ante el órgano de contratación producirá, además, los efectos del anuncio de recurso”.*

Cuarto. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP para recurrir el acto impugnado por haber sido licitadora en este contrato.

Quinto. El contrato objeto de recurso es un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP.

Sexto. En lo que se refiere al fondo del asunto, estima la entidad recurrente que la adjudicación del contrato a la UTE SURESTE SEGURIDAD S.L. y SURESTE SISTEMAS DE SEGURIDAD S.A. vulnera los principios de libre concurrencia y no discriminación.

Considera la recurrente que, pese a que el contrato comprende diversas prestaciones como son el servicio de vigilancia y seguridad sin armas de los bienes muebles e inmuebles, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos; el servicio de gestión de los sistemas de seguridad y alarmas de detección y extinción de incendios e intrusión; la conexión a la central receptora de alarmas; y el servicio de acuda y custodia de llaves de los locales, el objeto principal del mismo es la vigilancia física de las instalaciones.

Reconoce que la habilitación empresarial o profesional que le ha otorgado el Ministerio del Interior comprende la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos, el acompañamiento, defensa y protección de personas físicas determinadas, incluidas las que ostenten la condición legal de autoridad, y la instalación y mantenimiento de aparatos, equipos, dispositivos y sistemas de seguridad conectados a centrales receptoras de alarmas o a centros de control o de video vigilancia, pero no la explotación de centrales de alarma.

Ahora bien, como el objeto principal del contrato es la vigilancia física de las instalaciones, estima que la cláusula 4.3.12 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) es abusiva puesto que los dos criterios de acreditación para la habilitación empresarial o profesional solicitados-Vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos y

certámenes o convenciones y Explotación de centrales de alarmas-no son equiparables por su repercusión sobre el contrato y su objeto principal.

Señala asimismo que en la cláusula 25.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el organismo contratante acepta que el adjudicatario subcontrate con terceros hasta el 60 por 100 del importe de adjudicación del contrato. A su juicio dicha previsión contraviene la exigencia de disponer en propiedad de una central receptora de alarmas que supone una mínima parte de la prestación de los servicios.

El órgano de contratación, en el informe evacuado conforme al artículo 46.2 del TRLCSP, señala que, fundamentándose el recurso en el carácter abusivo la cláusula 4.3.12 del PPT, no se interpuso en plazo ningún recurso contra los Pliegos, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, ello supone la aceptación incondicionada de los mismos, sin salvedad o reserva alguna.

Considera justificada la previsión de que el adjudicatario comprometa a la ejecución del servicio contratado los medios materiales y personales exigidos en la cláusula 8.1.3 del PCAP, entre los cuales está la Central Receptora de Alarmas (CRA) con la autorización del Ministerio del Interior, para responder a la necesidad de que sea el contratista el que coordine y ejecute con sus propios medios la prestación total del servicio contratado.

A su juicio, el principio de igualdad de trato, con una configuración del objeto contractual que no sea discriminatorio, no puede llevar a que el órgano de contratación compense en el procedimiento desigualdades de posición en el mercado de las distintas empresas, como es el caso, especialmente cuando tal compensación supondría un perjuicio para los intereses de la Administración, toda vez que la situación de las empresas potencialmente licitadoras es diferente en aspectos que les pueden aportar ventajas o desventajas.

Séptimo. La cuestión objeto de litigio se centra en la conformidad a derecho de la exclusión de la recurrente por no haber acreditado la habilitación empresarial o profesional referente a la "Explotación de Centrales de Alarmas", tal como se exige en la cláusula 8.1.3 del PCAP a los licitadores para poder realizar la prestación que constituye el objeto del contrato. La citada cláusula establece que:

“Por resultar exigible para la realización de la prestación que constituye el objeto del contrato los licitadores deberán constar asimismo con la habilitación empresarial o profesional en el ámbito estatal o regional de la Comunidad Autónoma Andaluza, en su caso, de las siguientes actividades:

Vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos y certámenes o convenciones.

Explotación de Centrales de Alarmas.”

De la lectura del recurso presentado se desprende que nos encontramos en realidad frente a una impugnación indirecta del PCAP a través de un acto de aplicación como es el acuerdo de exclusión comprendido en la Resolución de adjudicación, en tanto que el órgano de contratación ha entendido que al no acreditar la entidad recurrente que se encuentra en posesión de la habilitación para la explotación de Centrales de Alarmas, como prevé el PCAP, procedería su exclusión.

Partiendo de este presupuesto, en primer lugar debe determinarse cual es el alcance de la posibilidad de la impugnación de los pliegos a través de sus actos de aplicación, como es el presente caso. La Resolución 701/2015 de este Tribunal sostiene que:

Como ya ha establecido este Tribunal en multitud de ocasiones, el pliego constituye la ley del contrato y a su contenido deben someterse todos los licitadores, así como la propia Administración. En efecto, señala la Resolución 253/2011 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. Tesis que ha sido reiterada en la Resolución no 153/2013 y más recientemente en la 348/2014. Así, en resoluciones de este Tribunal 178/2013, 17/2013 y 45/2013 se hace referencia a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sentada en la sentencia de 19 de marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma que «esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse

a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía». Este criterio se mantiene en la Resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace «inviabile la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”.

La única excepción a esta doctrina es que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos, con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto.

Más recientemente la Resolución 979/2015 de este Tribunal reforzaba el citado criterio exponiendo que:

Podría interpretarse como una impugnación del contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares, concretamente, en lo relativo a la determinación del objeto del contrato. De hacerlo así, procede recordar la doctrina reiterada de este Tribunal recogida, entre otras, en la resolución 255/2015, de 23 de marzo, dictada en el recurso 139/2015, en el sentido de que no cabe la posibilidad de utilizar el recurso especial en materia de contratación dirigido contra cualquier acuerdo adoptado en el procedimiento de adjudicación para reprochar vicios del pliego. Dice la Resolución que “De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en

virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras), con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto (por todas, Resoluciones 502/2013, de 14 de noviembre, ó 931/2014, de 18 de diciembre). Siguiendo en este punto al Consejo de Estado (Dictamen 6/97, de 17 de abril), “los vicios de nulidad radical recogidos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (o de cualquier otra norma de rango legal) deben ser objeto de una interpretación estricta, por su reconocido carácter excepcional. Podría decirse que dentro de la teoría de la invalidez de los actos la nulidad radical es la excepción y la anulabilidad la regla general”. Y, ciertamente, y como el Tribunal declaró, entre otras, en la Resolución 645/2013, de 19 de diciembre, la irregularidad que se considera no es constitutiva de nulidad radical, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del TRLCSP y en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, todo lo cual conduce al Tribunal al examen de la correcta o incorrecta aplicación de los referidos criterios de adjudicación en la oferta de la recurrente.”

La Resolución 241/2012 resume lo ya expuesto al disponer que:

“Paso previo a cualquier otra disquisición, conviene recordar que este Tribunal ha venido señalando que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho (cfr., por todas, resoluciones de este Tribunal 17/2012, 155/2011 y 172/2011). En el caso ahora sometido a nuestra consideración, ello supone que, en primer lugar, habrá de analizarse si la exigencia de haber celebrado un contrato de análoga naturaleza con la Administración contraviene o no el Ordenamiento Jurídico y, en segundo lugar, y solo para el caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, si tal infracción es susceptible de ser reputada como un supuesto de nulidad de pleno derecho”.

Partiendo de estas consideraciones, resulta preciso valorar si, en el presente supuesto, la cláusula 8.1.3 del PCAP, en la que se exige que los licitadores posean una habilitación profesional o empresarial para la explotación de centrales de alarma, supone efectivamente una infracción del ordenamiento jurídico, para entrar con posterioridad a apreciar si la misma, en su caso, merecería la calificación de nulidad radical.

A este respecto procede recordar que la prestación de servicio de central de alarmas como actividad propia de la seguridad privada está sujeta a la necesaria obtención de autorización administrativa previa, conforme a los artículos 12.1 g) y 13.1 b) de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. El requisito de estar en posesión de tal autorización administrativa ha sido configurado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como un requisito de legalidad. Así, el Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009 señala:

“La habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal. En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal.”

En el recurso presentado por la entidad recurrente ésta sociedad admite que carece de esta autorización y que el servicio de conexión a la central receptora de alarmas es prestado hasta la fecha mediante la subcontratación de la entidad RALSET. La cláusula 25.3 del PCAP permite la subcontratación de los servicios con un límite del 60 por 100 del

importe de adjudicación, por consiguiente, ha de examinarse la posibilidad de integración de la falta de aptitud legal para la prestación del servicio de conexión a la central receptora de alarmas mediante la subcontratación con un tercero de aquella prestación, parte del objeto del contrato, que no puede realizar por sí mismo.

A estos efectos, procede traer a colación nuestra Resolución 114/2013, en la que analizamos un supuesto análogo al aquí planteado. Así, en ella dijimos lo siguiente:

<< Séptimo. Debemos, en consecuencia, analizar el fondo de la cuestión planteada a la luz de las disposiciones que rigen la contratación pública, de una parte, y, de otra, como normas especiales sobre la materia tomando en consideración las disposiciones reguladoras de las Empresas de Seguridad Privada, concretamente la ya citada Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada¹ y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre².

Pues bien, las normas rectoras de la contratación pública no ofrecen duda en cuanto a la admisibilidad de la subcontratación bastando para ello una simple lectura de los artículos 227 y 228 del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público y a las cláusulas del pliego de condiciones generales aprobado para la contratación objeto del presente recurso.

Por lo que hace a los dos textos mencionados en último lugar, resulta claro que éstos no permiten dudar acerca de la necesidad de contar con autorización administrativa para la prestación de cualquiera de los servicios que se contemplan como exclusivos de las empresas de Seguridad Privada en sus artículos 5 [vigente art. 5.1.g] Ley 5/2014) y 1 respectivamente. Así el artículo 7.2 [vigente art. 18.1 Ley 5/2014] de la Ley dispone que “para la prestación de los servicios y actividades de seguridad privada contemplados en esta Ley, las empresas de seguridad deberán obtener la oportuna autorización administrativa...”, corroborando el Reglamento en su artículo 2 que “para la prestación de los servicios y el ejercicio de las actividades enumerados en el artículo anterior, las

¹ En la actualidad, la referencia ha de entenderse realizada a la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada

² Mantiene su vigencia, en tanto no contravenga la Ley 5/2014 (apartado 2 de la Disposición derogatoria única de la Ley 5/2014)

empresas deberán reunir los requisitos determinados en el artículo 7 de la Ley 23/1992, de 30 de julio , de Seguridad Privada, ser autorizadas siguiendo el procedimiento regulado en los artículos 4 y siguientes de este reglamento y hallarse inscritas en el Registro de Empresas de Seguridad existente en el Ministerio del Interior”.

Sentado lo anterior, la cuestión a debatir es si una empresa de seguridad privada, debidamente autorizada e inscrita en el Registro antes mencionado, pero cuya autorización no comprende alguna de las prestaciones y actividades contempladas en los artículos 5 de la Ley y 1 del Reglamento, puede comprometerse ante una Entidad Pública a la prestación del servicio para el que no está autorizada, haciéndolo a través de una empresa subcontratada.

Para ello hemos de examinar dos cuestiones: En primer lugar si de los preceptos reguladores de la materia deriva la existencia de una prohibición expresa de contratar en tales términos y, en segundo, si, en caso contrario, es posible inferirla del contenido de sus preceptos.

Con respecto de la primera cuestión debemos indicar que el análisis de los preceptos de Ley y Reglamento deben llevarnos a la conclusión de que no existe una prohibición expresa al respecto, pues si bien es cierto que en el artículo 22, apartado 2, letra c) de la Ley se califica como infracción muy grave “la realización de funciones que excedan de la habilitación obtenida por la empresa de seguridad...” y que el artículo 24.3 de la misma atribuye a su vez la calificación de infracción grave a “la contratación o utilización de empresas carentes de la habilitación específica necesaria para el desarrollo de los servicios de seguridad privada...”³, tales preceptos, interpretados según el verdadero sentido de sus términos, no resultan de aplicación al caso contemplado en el presente recurso. En efecto, el primero de los preceptos transcritos sanciona la realización de funciones que excedan de la habilitación obtenida, circunstancia que no concurre en el presente caso, pues la adjudicataria del contrato en ningún caso realizará las funciones propias de la Central receptora de Alarmas, limitándose a permitir la conexión con ella. La

³ La referencia a los arts. 22.2.c) y 24.3 Ley 23/1992, hay que entenderla realizada a los actuales arts. 57.1.a) (“La prestación de servicios de seguridad privada a terceros careciendo de autorización ...”) y 57.2.c) (“La prestación de servicios de seguridad privada careciendo de los requisitos específicos de autorización ...”) Ley 5/2014.

realización de tales funciones corresponderá, en todo caso, al personal de la subcontratista que sí tiene la habilitación requerida.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la sanción aplicable a la contratación o utilización de empresas carentes de la habilitación específica tampoco es de aplicación por las mismas razones anteriores, es decir que la contratación de los servicios de la Central receptora de Alarmas se lleva a efecto de modo indirecto con una empresa autorizada e identificada previamente a la adjudicación del contrato.

Las anteriores afirmaciones deben considerarse corroboradas por el hecho de que ningún precepto de la Ley o del Reglamento permite inferir por vía de interpretación lógica, la conclusión de que no es posible celebrar el negocio jurídico en que consiste el contrato que da pie al presente recurso. Muy al contrario, el artículo 14.3 del Reglamento al establecer el requisito de identidad de dedicación establece una excepción al mismo consistente, por cierto, en la posibilidad de subcontratar. Dice tal precepto: “Los servicios y actividades de seguridad deberán ser realizados directamente por el personal de la empresa contratada para su prestación, no pudiendo ésta subcontratarlos con terceros, salvo que lo haga con empresas inscritas en los correspondientes Registros y autorizadas para la prestación de los servicios o actividades objeto de subcontratación, y se cumplan los mismos requisitos y procedimientos prevenidos en este Reglamento para la contratación. La subcontratación no producirá exoneración de responsabilidad de la empresa contratante”.

En idénticos términos se pronuncia el artículo 49 del mismo Reglamento, en su apartado 4, en el que refiriéndose a la actividad de verificación personal de las alarmas y de respuesta a las mismas a realizar por el personal de las Centrales receptoras de Alarmas, dispone que “las empresas de seguridad explotadoras de centrales de alarmas podrán contar con vigilantes de seguridad, sin necesidad de estar inscritas y autorizadas para la actividad de vigilancia y protección de bienes, o bien subcontratar tal servicio con una empresa de esta especialidad”.

Los anteriores preceptos avalan una interpretación favorable a la efectuada por el órgano de contratación en el sentido de que es plenamente ajustado a la normativa en vigor con

relación a la contratación de servicios de vigilancia privada, el realizarla con una empresa habilitada como tal aun cuando no tenga la autorización específica para alguna de las actividades incluidas en la prestación siempre que estas se desarrollen por una empresa subcontratada que sí cuente con ella.

Interpretación ésta que resulta reforzada por la propia redacción de los artículos 5 y 7 de la Ley en los que al enumerar el conjunto de actividades que pueden realizar las empresas de seguridad privada y la necesidad de contar con la debida autorización administrativa para ello, en ningún momento utilizan el término contratación. Así, los mencionados preceptos disponen: "...las empresas de seguridad únicamente podrán prestar o desarrollar los siguientes servicios y actividades..." (art. 1⁴), o "para la prestación de los servicios y actividades de seguridad privada contemplados en esta Ley, las empresas de seguridad deberán obtener la oportuna autorización administrativa..." (art.7 de la misma). En similares términos se pronuncia el Reglamento.

Resulta así que ni la Ley ni el Reglamento prohíben la contratación de actividades que no se pueden prestar por no contar con autorización para ello, sino más exactamente prestar la actividad en sí, razón por la cual debemos concluir que es acorde a la normativa en vigor la contratación con empresas sólo parcialmente autorizadas siempre que conste el compromiso de subcontratar la prestación de la actividad no autorizada con una empresa que posea la pertinente habilitación.

Puesto que tal es el caso presente, debemos concluir que procede también en este punto desestimar el recurso. >>

No obstante lo anterior, la sentencia de la Audiencia Nacional 108/2013, de 16 de enero, en un asunto semejante al debatido (recursos 82, 83, 84, 108, 109 y 110/2011 TACRC), señaló en su fundamento jurídico segundo:

<< SEGUNDO : La cuestión discutida por tanto se centra en determinar si puede acudirse a la subcontratación para suplir la clasificación, que es precisamente lo que realiza la demandada respecto de una entidad de la que es socia.

⁴ La referencia debe entenderse realizada al art. 5 Ley 23/1992

El artículo 210 [art. 227 TRLCSP] de la antes citada Ley establece en lo que ahora interesa:

"1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a. Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización....

e. Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 % del importe de adjudicación"

El anuncio de licitación se publicó de en el BOE de 1 de diciembre de 2010 y el Pliego de cláusulas en la Plataforma de contratación del Estado el 13 y 28 de diciembre de 2010. En todos los casos el Pliego establece las condiciones para la prestación del servicio de conexión a una central receptora de alarmas, que comprende diversas actuaciones. La prestación se realizará conforme a lo establecido en la Ley 23/1992.

La posibilidad de subcontratar se encuentra recogida en el Pliego en la cláusula 16.2.2.

Ahora bien el problema consiste en determinar si se puede acudir a la subcontratación para suplir una falta de autorización administrativa para prestar el servicio.

La solución de este problema parte del régimen del artículo 54.1 [art. 65.1 TRLCSP] de la Ley:

"1. Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 % del precio del contrato."

La interpretación de este precepto no ha estado exenta de problemas, en la medida en que si bien se admite la subcontratación, sólo parece que se admita este instrumento para suplir la clasificación respecto de una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional. A pesar de las dudas interpretativas que el precepto plantea - y que se han reflejado en distintas Resoluciones del TARCA -, hemos de decantarnos en sentido de que la clasificación sólo puede ser suplida mediante la contratación respecto de la parte de las prestaciones que hayan de realizarse por empresas especializadas, pero no con carácter general.

El propio informe del Ministerio de Interior de fecha 13 de enero de 2012 unido al ramo de prueba, manifiesta ser el criterio del Ministerio entender que la subcontratación es posible siempre que ambas empresas tengan la clasificación para la actividad subcontratada. Pues bien, aun cuando tal criterio no vincula a esta Sala ha de ser tenido en cuenta, de una parte porque ha de garantizarse la unidad de criterio en la aplicación de las normas, y de otra, porque este criterio parece el más conforme a la norma aplicable.

Efectivamente, del artículo 54 antes citado, resulta que la regla general es que es requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado, siendo excepciones los casos en que no se exige clasificación. Por ello han de ser interpretadas, tales excepciones, en sentido estricto. Así las cosas, la posibilidad de subcontratar para suplir la clasificación se circunscribe, en el precepto citado, a los casos en que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional; y sólo en tal caso es posible acudir a tal instrumento para suplir la clasificación.

Por ello no puede admitirse que la entidad adjudicataria reuniese los requisitos de clasificación exigida, y ello aun cuando sea socia de la entidad subcontratada, porque las diferentes personalidades jurídicas, que determinarán la responsabilidad por la ejecución del contrato, impiden apreciar la unidad de las entidades.

Por ello debemos estimar el recurso, pero esta estimación tiene como efecto la retroacción de actuaciones a fin de que el órgano de contratación resuelva la licitación conforme a la interpretación normativa expuesta. >>

Sin embargo, con posterioridad a la citada sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha, mediante sentencia de 16 de marzo de 2015 –notificada a este Tribunal el 8 de junio de 2015-, confirmó el criterio expuesto por este Tribunal en su Resolución 112/2013 –antes transcrita-, señalando en sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto lo siguiente:

<< Tercero.- (...)

Pues bien, ha de caerse en la cuenta como punto de partida que el pliego en modo alguno exige que la adjudicataria deba ser titular de la central receptora de alarmas, ni por título de propiedad ni por ningún otro válido en Derecho; únicamente prevé la exigencia de conexión a ella. La cuestión quedó bien centrada en la resolución del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales cuya fiscalización de legalidad nos cumple. La conexión implica también disponibilidad, de suerte que tal disponibilidad ha de analizarse si puede o no obtenerse -como fue el caso de la adjudicataria- mediante subcontratación del uso de la central con otra entidad titular de la misma y debidamente

habilitada al efecto, inscrita en el Registro de Empresas de Seguridad existente en el Ministerio de Interior y estando habilitada para la prestación del servicio.

La Sala es del parecer que llevó al órgano administrativo estatal a su resolución desestimatoria del recurso especial tras el estudio de los preceptos de aplicación, normativa de contratación administrativa relativos a la subcontratación Artículos 227 y 228 del TRLCSP, RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y de Seguridad privada, Ley 23/1992, de 30 de junio, (artículos 5.1 , 7.2 , 22.2 letra c y 24.3), así como de su Reglamento ejecutivo aprobado por R. Decreto 2364/1994 de 9 de diciembre (artículos 1 , 2 , 14.3 , 49).

Cuarto. No existe prohibición expresa de contratar en los términos en que se hizo por Radiotelevisión de Castilla-La Mancha. El artículo 22.2, letra c de la Ley de Seguridad privada tipifica como infracción muy grave "la realización de funciones que excedan de la habilitación obtenida por la empresa de Seguridad, siendo grave (Art. 24.3) la conducta consistente en la contratación o utilización de empresas carentes de la habilitación específica necesaria para el desarrollo de los servicios de Seguridad privada. Tales preceptos no son de aplicación al caso de autos porque la adjudicataria del contrato -esto es esencial para el entendimiento y desenlace de la controversia- no se comprometió a realizar funciones propias de la central receptora de alarmas, limitándose a permitir la conexión con ella. Y tales funciones correspondiendo desarrollar al personal de la subcontratista teniendo la habilitación requerida. Subcontratación que no encuentra obstáculo en las determinaciones de los artículos 227 y 228 del TRLCSP-2011. (Se reseña en el pliego, no exceda del 60% del importe de la contratación...).

En suma, la contratación de los servicios de la central receptora de alarmas se lleva a efecto por la adjudicataria de modo indirecto con una empresa autorizada e identificada previamente a la adjudicación del contrato, sin que ningún precepto lo imposibilite; muy al contrario, lo permite por lo dispuesto en el artículo 14.3 del Reglamento ejecutivo de la Ley de Seguridad Privada y también directamente por el artículo 49, que se ocupa de la actividad de verificación de las alarmas y da respuesta a las mismas por el personal de las centrales receptoras de alarmas, determinando que "las empresas de seguridad explotadoras de centrales de alarmas podrán contar con vigilantes de seguridad, sin

necesidad de estar inscritas y autorizadas para la actividad de vigilancia y protección de bienes, o bien subcontratar tal servicio de una empresa de esta especialidad. Los anteriores preceptos avalan una interpretación favorable a la efectuada por el órgano de contratación en el sentido de que es plenamente ajustado a la normativa en vigor con relación a la contratación de servicios de vigilancia privada, el realizarla con una empresa habilitada como tal aun cuando no tenga la autorización específica para alguna de las actividades incluidas en la prestación siempre que estas se desarrollen por una empresa subcontratada que sí cuente con ella. Interpretación ésta que resulta reforzada por la propia redacción de los artículos 5 y 7 de la Ley en los que al enumerar el conjunto de actividades que pueden realizar las empresas de seguridad privada y la necesidad de contar con la debida autorización administrativa para ello, en ningún momento utilizan el término contratación. Así, los mencionados preceptos disponen: "...las empresas de seguridad únicamente podrán prestar o desarrollar los siguientes servicios y actividades..." (art. 1), o "para la prestación de los servicios y actividades de seguridad privada contemplados en esta Ley , las empresas de seguridad deberán obtener la oportuna autorización administrativa..." (art. 7 de la misma). En similares términos se pronuncia el Reglamento.

Resulta así que ni la Ley ni el Reglamento prohíben la contratación de actividades que no se pueden prestar por no contar con autorización para ello, sino más exactamente prestar la actividad en sí, razón por la cual debemos concluir que es acorde a la normativa en vigor la contratación con empresas sólo parcialmente autorizadas siempre que conste el compromiso de subcontratar la prestación de la actividad no autorizada con una empresa que posea la pertinente habilitación."

Ninguna argumentación ni prueba (documental practicada en autos), desautoriza la corrección jurídica de la resolución impugnada. Ni el criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sentencia invocada, enjuiciando por lo demás un caso que no reviste las particularidades del de autos y que no vincularía a esta Sala aún en el supuesto de que se hubiera juzgado bajo iguales presupuestos fácticos, menos todavía tal vinculación a un órgano jurisdiccional, el criterio plasmado por determinados Órganos del Ministerio de Interior, afectos por lo demás meramente ilustrativos (Informe de la Unidad Central de Seguridad Privada del Ministerio de Interior nº 2010/77, de 3-9-2010 como en el mismo bien se dice, carente de funciones de emisión de dictámenes

jurídico-técnicos, ramo de prueba de la actora), Se impone, por consiguiente la desestimación del mismo. >>

En consecuencia, siguiendo el criterio de nuestra Resolución 112/2013, confirmado por la sentencia anterior, este Tribunal entiende que procede la estimación del recurso, anulando la adjudicación del contrato así como la exclusión del procedimiento de la ahora recurrente, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a su exclusión, para que la mesa compruebe que efectivamente la actividad de central receptora de alarmas se realiza por una empresa, en este caso subcontratada, que cumple con el requisito de habilitación necesario para la prestación de la citada actividad. De cumplirse el requisito citado, procede su inclusión en el procedimiento y posterior valoración de su oferta, debiéndose adjudicar el contrato a la oferta que resulte más ventajosa.

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. M.G.R., en nombre y representación de MEGASEGUR, S.L., contra la Resolución de adjudicación del contrato de servicios de vigilancia y seguridad sin armas de determinados centros de la Dirección Provincial de la TGSS de Almería para el periodo 01-01-2016 a 31-12-2016, en la que se notifica a la recurrente su exclusión, anulando tanto la adjudicación del contrato como su exclusión del procedimiento y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a su exclusión, para que la mesa compruebe que efectivamente la actividad de central receptora de alarmas a realizar por una empresa subcontratada cumple con el requisito de habilitación necesario para la prestación de la citada actividad.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con el artículo 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 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.