Recurso 462/2021
Resolución 99/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 11 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A.** contra el acuerdo de adjudicación del contrato denominado "Servicios de Seguridad Privada y Servicios de Auxiliares de Servicios y Control de Accesos. Lote nº 1 Servicios de Seguridad Privada y Vigilancia. Lote nº 2 Servicios de Auxiliares de Servicios y Control de Acceso", (Expte. C-3/20.), respecto al lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de mayo de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 29 de mayo de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 5.992.088,75 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Almería, con fecha 13 de septiembre de 2021, acuerda adjudicar el lote 1 del contrato citado en el encabezamiento, a la mercantil ALCOR SEGURIDAD S.L. (en adelante, ALCOR).

SEGUNDO. El 6 de octubre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A., (en adelante, GCES) contra el mencionado acuerdo de adjudicación, respecto al lote 1 del contrato.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la adjudicataria ALCOR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento del Almería no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El presente recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En el supuesto analizado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de adjudicación fue notificada a la entidad ahora recurrente, con fecha 15 de septiembre de 2021, por lo que el recurso presentado el 6 de octubre de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente solicita la anulación de la adjudicación del lote 1 del contrato, así como, "*la exclusión de la empresa licitadora adjudicataria, retrotrayéndose el procedimiento de adjudicación al momento anterior al dictado de la misma".* Al efecto alega que la entidad ALCOR no ha aportado la documentación exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en concreto en el Anexo XII del PCAP y en relación al lote 1, se encontraba prevista la aportación del *"certificado de apertura de la delegación y/o sucursal en la provincia donde se preste el servicio que se contrata*". Dado que la prestación del presente servicio es en Almería, es allí donde las licitadoras deben contar con una sucursal o delegación. En cuanto al momento en el que el cumplimiento de la referida obligación resulta exigible, alega la mercantil GCES, que tal y como prevé el PCAP "*la letra m) del apartado 17, sobre UNO, se trata de circunstancias que deben concurrir en la fecha final de la presentación de ofertas, que en este caso fue el 29 de junio de 2020".*

Continua GCES afirmando que en el caso de las empresas de seguridad privada, de conformidad tanto con la Ley de Seguridad Privada como con el Reglamento aprobado por Real Decreto 2364/1994, se requiere para la realización de sus actividades, por un lado, una autorización administrativa previa del Ministerio del Interior, que funciona como título habilitante, y por otro lado, cuando "*se quiera o se deba abrir una sucursal o delegación, se hará previa solicitud y comunicación a la Dirección General de la Policía, por lo que toda empresa que quiera tener abierta una delegación en Almería, como en este caso se exige a las licitadoras, debe haberlo puesto en conocimiento de la Dirección General de la Policía con carácter previo".*

Concluye el escrito de interposición de recurso en los siguientes términos: *"La empresa adjudicataria ALCOR SEGURIDAD SL no cuenta con delegación en la provincia de Almería, tal y como el pliego exige.*
Dicho extremo se acredita mediante certificado emitido por el jefe de la Unidad Central de Seguridad Privada, que permite concluir que, a la fecha de emisión del mismo, el 21 de mayo de 2021, ALCOR SEGURIDAD no contaba con delegación alguna en Almería.
(...)
Parece claro que a la fecha de fin de presentación de ofertas la empresa adjudicataria no cumplía con uno de los requisitos de solvencia exigidos en el Pliego, que es el relativo a la tenencia de una delegación o sucursal en el lugar de prestación del servicio, lo que necesariamente debe ser sancionado con su exclusión del procedimiento de licitación, pues en caso contrario se estarían contraviniendo los principios que rigen la contratación administrativa".

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe, rebate la argumentación expuesta por la recurrente y solicita la desestimación del recurso especial contra la adjudicación del lote 1 del contrato. El principal alegato esgrimido al efecto se centra en que el citado certificado de apertura de la delegación y/o sucursal en la provincia, sería exigible a la adjudicataria una vez adjudicado el contrato y antes de proceder a su formalización. Desarrolla el argumento en los siguientes términos: *«si bien es cierto que el PCAP regulador de la presente contratación contempla la presentación de Certificado de apertura de la delegación y/o sucursal en la provincia donde se preste el servicio que se contrata es cierto también que con carácter previo a la adjudicación la empresa no puede conocer con precisión si el número de vigilantes que van a desempeñar las prestaciones objeto del contrato, por lo que, en la lógica de lo prescrito en el Anexo XII del PCAP, dicho certificado debería exigirse una vez adjudicado el contrato y con carácter previo a la formalización del mismo»*

3. Alegaciones de la mercantil adjudicataria.

Por último, la adjudicataria ALCOR se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y entre sus alegatos conviene destacar los siguientes.

Manifiesta que el certificado de apertura de delegación y/o sucursal en la provincia, no "*tiene carácter obligatorio, ni está incluida en el pliego como requisito de solvencia o como criterio de adjudicación; por ende, no afecta en nada a la puntuación obtenida por la licitadora".* Insiste en que ha acreditado la solvencia exigida en el PCAP correspondiente a la clasificación de la empresa.

Cita la adjudicataria el artículo 17 del Real Decreto 2364/1994 de 9 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de seguridad privada, que en su apartado 2.b), establece: *"Las empresas de seguridad deberán abrir delegaciones o sucursales, dando conocimiento a la Dirección General de Policía y Guardia Civil (ámbito del Cuerpo*

Nacional de Policía), con aportación de los documentos reseñados en el apartado anterior, en las Ciudades de Ceuta y Melilla o en las provincias en que radique su sede principal cuando realicen en dichas ciudades o provincias algunas de las siguientes actividades:
(...)
b) Vigilancia y protección de bienes y establecimientos, cuando el número de vigilantes de seguridad que presten servicio en la provincia sea superior a treinta y la duración del servicio, con arreglo al contrato o a las prórrogas de éste, sea igual o superior a un año".

Y concluye su alegato afirmando: *"En este contrato, el número de vigilantes a prestar servicio conforme al número de horas es de 11,61 y ALCOR SEGURIDAD S.L no cuenta con 30 vigilantes en la Provincia, incluyendo otros dos servicios que ejecuta. Así las cosas, no tiene obligación alguna de apertura de delegación o sucursal, conforme a la normativa de seguridad privada".*

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión de fondo que el escrito de interposición plantea y en el que, en definitiva, la recurrente se opone a la adjudicación del contrato al entender que la oferta de la mercantil adjudicataria debió ser excluida por incumplimiento del PCAP, en concreto por no haber aportado el certificado de apertura de la delegación y/o sucursal en la provincia, conforme a lo previsto en el Anexo XII del pliego.

Para solventar tal cuestión, hemos de partir de la redacción del PCAP y en concreto, del Anexo XII, denominado *"SOBRE UNO-OTRA DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA*", en cuyo apartado dos establece, en relación al lote 1, lo siguiente:
"*2.- DOCUMENTACIÓN TÉCNICA:*
En relación a las prestaciones contempladas en el Lote Nº1 del objeto del contrato, los licitadores deberán presentar lo siguiente:
-Certificado de apertura de la delegación y/o sucursal en la provincia donde se preste el servicio que se contrata.
- Memoria descriptiva de uniformidad que se utilizará por las personas que realizarán cada una de las prestaciones contempladas en el objeto del contrato.

Cabe señalar que deviene pacífico el hecho de que el citado certificado no fue aportado al expediente. Las alegaciones de la adjudicataria defiende, entre otras cuestiones, que el mismo no resulta exigible al presente supuesto y el órgano de contratación interpreta que se trata de una obligación del contratista a cumplimentar en el momento de la firma del contrato. Pero es que además consultada la documentación obrante en el expediente remitido se ha podido comprobar que en el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada con fecha 2 de julio de 2020 y en la que se relaciona la documentación contenida en el sobre 1 de cada uno de los licitadores que optaron a la presente licitación consta, entre la documentación aportada por ALCOR, la siguiente: *"Declaración responsable de no estar la empresa obligada a disponer de delegación o sucursal en la provincia de Almería y compromiso de disponer de sucursal durante la vigencia del contrato".*

En este punto, es pertinente referirnos, en primer lugar, al artículo 139 de la LCSP que dispone "*1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (…)";* en iguales términos se pronuncia la cláusula 17 del PCAP que regula la presente contratación.

En este sentido, como viene expresando la ya reiterada jurisprudencia (v.g Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 19 de marzo de 2001, entre otras) y doctrina tanto de este Tribunal (Resolución 340/2020, de 15 de octubre, entre otras muchas) como del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, el pliego de condiciones constituye "ley entre las partes", debiendo someterse a sus reglas no solo los licitadores sino también la propia entidad contratante redactora de sus cláusulas. La citada doctrina viene señalando, en primer lugar, que tal consideración de los pliegos como ley del contrato no es sino expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, la buena fe y la prohibición de ir contra los actos propios y, en segundo lugar, que en la interpretación de los pliegos es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas. Lo contrario llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural e implicaría una vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de igualdad de trato. Sobre el particular, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)».*

Aplicando esta doctrina al supuesto examinado nos encontramos con que el Anexo XII del PCAP es claro al señalar que los licitadores deberán presentar, en el sobre 1, certificado de apertura de la delegación. Siendo ya los pliegos actos firmes y consentidos, su contenido vincula no solo a todos los licitadores a la hora de presentar sus ofertas, sino también al órgano de contratación a la hora de calificarlas. Por tal razón, este último, como autor o redactor del clausulado del pliego, no puede con posterioridad en el curso de la licitación apartarse de su propio criterio inicial, interpretando, en contra de la literalidad del PCAP, que la referida obligación incube al contratista y no al licitador.

En cuanto a la alegación realizada por la adjudicataria, respecto a que no viene obligada a disponer de delegación o sucursal en Almería, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 2364/1994 de 9 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de seguridad privada, hay que señalar que tal extremo, a estos efectos, deviene intrascendente y ello dado que el PCAP al exigir la aportación de la certificación de apertura de la delegación a los licitadores que optasen al contrato, no condicionó el cumplimiento de dicha obligación a que concurriesen los requisitos previstos en el citado Reglamento.

Así pues, la decisión de la mesa de contratación, adoptada en su sesión de 2 de julio de 2020, posteriormente ratificada por el órgano de contratación, de considerar que la documentación contenida en el sobre 1 presentada por la entidad ALCOR se adecuaba a lo exigido en el PCAP, supone efectuar una interpretación del clausulado del PCAP contraria al sentido literal del mismo, que ha conllevado la adjudicación del contrato a una licitadora que no acredita el cumplimiento de los requisitos en los términos exigidos en el PCAP.

Ahora bien resultando claro que las citadas actuaciones no se ajustaron a derecho, la consecuencia de este inadecuado proceder, en este momento, no puede ser la exclusión de la adjudicataria, como interesa la recurrente, sino el otorgamiento a la misma de un plazo de subsanación para que, en su caso, aporte el certificado de apertura de la delegación y/o sucursal en la provincia en los términos previstos en el PCAP.

La doctrina de este Tribunal sobre la subsanación de defectos u omisiones en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos se ha expuesto de modo reiterado. Así, en nuestra Resolución 134/2020, de 1 de junio, señalábamos:

«En este sentido, este Tribunal en multitud de ocasiones, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004) y con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, en las Resoluciones 128/2011 de 27 de abril, 184/2011 de 13 de julio y 61/2013 de 6 de febrero), se ha pronunciado (entre otras muchas, en las Resoluciones 31/2013 de 25 de marzo, 123/2014 de 20 de mayo, 420/2015, de 10 de diciembre, 174/2016, de 27 de julio y 230/2017, de 3 de noviembre) sobre el carácter subsanable de los defectos u omisiones de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que las entidades licitadoras tienen que aportar en los procedimientos de contratación, ex artículos 140 y 141 de la LCSP, consolidando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en dicha documentación pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

En efecto, los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP, entre ellos los que se refieren a la documentación acreditativa de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, según la tradicional concepción de los mismos, son esencialmente subsanables (v.g. Resolución 305/2018, de 31 de octubre y 172/2019, de 23 de mayo, entre otras).»

«En torno a la cuestión de los defectos subsanables en el curso del procedimiento de contratación, en la Resolución 54/2013, de 2 de mayo, este Tribunal analizaba la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado donde se precisa que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos. En tal sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 47/2009, de 1 de febrero de 2010, indicó que "el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable"».

En consecuencia, los defectos u omisiones en la documentación acreditativa de los requisitos previos son esencialmente subsanables, con el límite de que el requisito se cumpla a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, tal y como prevé el artículo 140.4 de la LCSP. Por tanto y en base en las consideraciones realizadas, el recurso debe estimarse parcialmente.

La corrección de la infracción legal cometida, debe llevarse a cabo anulando el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Almería de 13 de septiembre de 2021, de adjudicación del lote 1 del contrato, debiendo retrotraerse el procedimiento de licitación al momento inmediatamente anterior a la admisión de ofertas, a fin de que se otorgue a ALCOR plazo de subsanación de la documentación requerida en el Anexo XII del PCAP; con continuación del procedimiento hasta la adjudicación, en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así

como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A.** contra el acuerdo de adjudicación del contrato denominado "Servicios de Seguridad Privada y Servicios de Auxiliares de Servicios y Control de Accesos: Lote nº 1 Servicios de Seguridad Privada y Vigilancia. Lote nº 2 Servicios de Auxiliares de Servicios y Control de Acceso", (Expte. C-3/20.), respecto al lote 1, promovido por el Ayuntamiento de Almería, y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución. .

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.