

Reclamación nº 213/2016

Resolución nº 199/2016

ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

En Madrid, a 28 de septiembre de 2016.

VISTO el escrito calificado de recurso, interpuesto por don A.R.A. en nombre y representación de la Asociación de Compañías de Seguridad Privada (ACOSEPRI), contra el Pliego de Condiciones Generales que ha de regir en el contrato de “Servicio de Vigilancia y Protección en los Depósitos de Vehículos de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A.”, expediente nº 16/100/3, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha de 29 de agosto de 2016, se publicó en el DOUE y la página web de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. (EMT), la licitación correspondiente al contrato de Servicio de Vigilancia y Protección en los Depósitos de Vehículos de la EMT.

El contrato tiene un valor estimado de 6.097.569,79 euros.

Segundo.- Con fecha 16 de septiembre de 2016, se recibió en este Tribunal escrito presentado en nombre y representación de la Asociación de Compañías de

Seguridad Privada (ACOSEPRI), calificado de recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Condiciones Generales del contrato.

El recurso alega que el apartado G del Anexo I del mencionado Pliego, establece que serán rechazadas las ofertas cuyos importes resulten inferiores a los establecidos en el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, y que esta previsión infringe las normas sobre libertad de negociación colectiva y supone una vulneración del artículo 150.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en cuanto incluye un criterio que no está vinculado al objeto del contrato. Igualmente impugna el apartado J del mismo Anexo I que establece como criterio social el compromiso de mantener, durante todo el periodo de ejecución del contrato, la plantilla mínima descrita en el pliego de prescripciones técnicas, como consecuencia de la subrogación obligatoria de los trabajadores, alegando idénticos motivos.

Solicita que se tenga por interpuesto recurso especial en materia de contratación, se declare la nulidad de los apartados mencionados y la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La recurrente presenta escrito calificado como recurso especial en materia de contratación de los establecidos en el TRLCSP. Por ello, es preciso analizar si resulta aplicable al supuesto que nos ocupa el régimen propio del recurso especial o, por el contrario, el sistema aplicable en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE) y examinar si ha sido interpuesto ante el órgano competente para su resolución.

El apartado 2 de la disposición adicional octava TRLCSP, establece:

“2. La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”.

La justificación de la disposición viene dada por el régimen especial aplicable a los contratos regulados en la LCSE frente a los regulados en el TRLCSP explicado en la exposición de motivos de ésta:

“Tal y como se manifestaba en la anterior Ley 48/1998, de 30 de diciembre, el Derecho Comunitario Europeo ha previsto para los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, un régimen normativo distinto al aplicable a los contratos de las Administraciones públicas, cuyas directivas reguladoras fueron objeto de transposición por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (...).”

En la medida en que la EMT no es una Administración Pública y que el contrato afecta al sector de los transportes cabe concluir que la norma aplicable no sería TRLCSP, sino la Ley 31/2007. Pero además, de acuerdo con lo que establece la disposición adicional octava, incluso en el hipotético caso de que estuviéramos ante contratos no sujetos a la LCSE, al supuesto que nos ocupa no podrían

aplicársele los preceptos del TRLCSP referidos a los contratos de regulación armonizada. En consecuencia, siendo los sujetos a regulación armonizada los únicos contratos de servicios susceptibles de recurso especial en materia de contratación, hay que concluir que no es posible acudir a esta vía para impugnar la adjudicación de la licitación convocada por la EMT.

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 109/2013, de 17 de julio, dictada en relación con un asunto semejante, *“si los contratos que se celebren para la realización de actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE cuya cuantía sea igual o superior a los límites establecidos en el artículo 16 de la misma quedan sujetos al régimen de la misma, es decir, a un régimen más flexible o menos rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE, cuya transposición se ha realizado al TRLCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada, lo coherente y lógico es entender que los contratos que se celebren para la realización de esas mismas actividades pero que no alcancen los límites cuantitativos del artículo 16, que parecen de menor entidad o trascendencia, queden sometidos no al régimen rígido que establece el TRLCSP, sino al régimen más flexible que establece la LCSE para los no sujetos a regulación armonizada que es lo que hace la disposición adicional octava anteriormente citada. Sería un contrasentido que los contratos de cuantía inferior que se celebren en los sectores regulados en la LCSE se sometiesen a un régimen rígido y riguroso (regulación armonizada) cuando los contratos que se celebren en los mismos sectores de cuantía superior quedan sometidos al régimen más flexible que establece la LCSE”*.

No obstante, el contrato objeto de recurso supera los umbrales establecidos en el artículo 15 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, cuyo plazo de transposición finalizó el 18 de abril de 2016, por lo tanto no está excluido de su campo de aplicación, únicamente tiene un régimen específico, dentro de la regulación que realiza la Directiva y que supone una

modificación, en ciertos aspectos, de la establecida por la LCSE, por lo que no es de aplicación la remisión de la anteriormente citada disposición adicional octava al régimen del TRLCSP.

No estamos realmente ante un recurso especial en materia de contratación, pero ello no debe conducir automáticamente a la inadmisión sino que cabe analizar la posibilidad de interponer la reclamación regulada en el artículo 101 y siguientes de la LCSE.

Del examen del expediente se constata que se trata de un contrato de servicios de seguridad, incluido en la categoría 23, del Anexo II B de la LCSE y ahora contemplado en el Anexo XVII de la Directiva 2014/25/UE que tiene efecto directo en este caso.

El Título III, Capítulo I de la mencionada Directiva, establece las normas que han de regir la contratación de los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XVII, entre los que se encuentran los servicios de vigilancia y seguridad, determinando que se adjudicarán de conformidad con dicho capítulo, cuando el valor de dichos contratos sea igual o superior al umbral indicado en el artículo 15, letra c). El umbral establecido es de 1.000.000 de euros por lo que en este caso, el valor de contrato supera esta cantidad.

La Disposición adicional segunda de la LCSE, en su apartado 7, y a efectos de lo dispuesto en su artículo 3, incluye a la Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A., entre las entidades contratantes del sector de los servicios de ferrocarriles urbanos, tranvías, trolebuses o autobuses.

La EMT, es una empresa pública del Ayuntamiento de Madrid sujeta en su contratación a la LCSE siempre que realice alguna de las actividades enumeradas en el artículo 10 de dicha Ley y cuyo valor estimado sea igual superior a los límites establecidos en el artículo 16 de la citada Ley y de la Directiva.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver las Reclamaciones formuladas en los contratos sometidos a la LCSE.

La actividad de la entidad contratante objeto de recurso, como ya se ha indicado, corresponde a servicios incluidos en Anexo XVII de la Directiva, el valor estimado del contrato supera el umbral fijado por el artículo 15 c) de la misma, por lo que se encuentra dentro de su ámbito de aplicación, lo que incluiría, en principio la posibilidad de Reclamación ante este Tribunal.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido por la artículo 92 y 93 de la Directiva, el régimen aplicable a estos contratos de servicios, se circunscribe a la publicación de los anuncios (artículo 92) y a los principios de adjudicación de los contratos (artículo 93), principios que concreta en los de transparencia y e igualdad de trato de los operadores económicos.

Por tanto, los contratos del Anexo XVII se encuentran sometidos a la Directiva únicamente en cuanto a los anuncios de licitación y los de los contratos adjudicados, así como al respeto a los principios de transparencia e igualdad.

En este caso, en el que lo que se impugna es un criterio de adjudicación, por una hipotética vulneración de la legislación laboral aplicable, no se está alegando sobre la publicidad o la transparencia ni sobre una supuesta vulneración del principio de igualdad, por lo que debe concluirse que no resulta de aplicación lo previsto en el Título VII del LCSE, relativo a las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación y declaración de nulidad de los contratos, ni la adopción de medidas cautelares de carácter provisional para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte a que se refiere el artículo 101.1 de la LCSE.

En consecuencia, excepto en lo regulado en los artículos 92 y 93 de la Directiva, en la preparación, adjudicación, efectos y extinción del contrato quedan sometidos al derecho privado.

En este sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2013, dictada en el recurso 656/2013, respecto del régimen establecido en la LCSE que tenía su origen en la transposición de la Directiva 2004/17/CE, y que era análogo al ahora vigente.

Los anteriores razonamientos nos llevan a la conclusión de que procede inadmitir el recurso presentado por falta de competencia del Tribunal.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Inadmitir la reclamación interpuesta por don A.R.A. en nombre y representación de la Asociación de Compañías de Seguridad Privada (ACOSEPRI), contra el Pliego de Condiciones Generales que ha de regir en el contrato de “Servicio de Vigilancia y Protección en los Depósitos de Vehículos de La Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A.”

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 108 de la LCSE.