

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

En Madrid, a 26 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Alcor Seguridad S.L. (en adelante Alcor), contra los pliegos de condiciones publicados el 9 de mayo de 2022 y que regirá la adjudicación del contrato de “Servicios de vigilancia y seguridad de los edificios dependientes del Distrito Centro del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente 300/2021/00605, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 9 de mayo de 2022 en el en el DOUE y en el perfil de contratante alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 811.817,73 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

El plazo de licitación terminará el próximo 10 de junio.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver la presente resolución la cláusula 5.8 del pliego de prescripciones técnicas particulares:

“La empresa que resulte adjudicataria deberá disponer, cuando su sede no se encuentre en la Comunidad de Madrid, de una delegación o sucursal en la Provincia de Madrid, dicha delegación deberá cumplir los requisitos previstos en el Reglamento de Seguridad Privada debiendo contar, además con los necesarios permisos y licencias de carácter municipal, lo cuáles podrán ser requeridos en cualquier momento durante la ejecución del contrato”.

Tercero.- El 20 de mayo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Alcor en el que se solicita la anulación de la cláusula mencionada en el apartado anterior.

El 24 de mayo de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP).

Cuarto.- Solicitada el día 20 de mayo la suspensión del procedimiento por parte del recurrente, este Tribunal no se pronuncia sobre ella, al resolver directamente el recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones impugnados se publicaron el día 9 de mayo de 2022 interponiendo el recurso, en este Tribunal, el 20 de mayo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se fundamenta en un único motivo, el arraigo territorial por la exigencia de mantener una sucursal en Madrid siendo esta imposición contraria a los principios que rigen la contratación administrativa.

Advierte además que contraviene el artículo 17 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de seguridad privada, que solo exige sucursal o delegación fuera de la provincia donde tengan su sede principal

“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”. La recurrente no cuenta con más de 30 agentes en Madrid y el contrato solo exige 5 vigilantes por el número de horas.

Según el recurrente, “la exigencia de arraigo territorial debe estar plenamente justificada en los pliegos por el Órgano de Contratación en aquellos casos en que la misma no sería necesaria de no estar exigida por la normativa de seguridad privada, como ocurre en este caso. Ni es puntuable la existencia de la citada delegación o sucursal como criterio de adjudicación ni como requisito de solvencia, ni se justifican en ningún caso los motivos por los cuáles la misma sería necesaria. De haber justificado su necesidad, es fundamental resaltar, que el hecho de no ser puntuable, lleva implícita la no necesidad de cumplimiento a fecha de presentación de ofertas o de adjudicación por cuanto no afecta en modo alguno a su valoración y por qué carece de lógica exigir la apertura de una delegación a una licitadora, con la consiguiente inversión que supone, para luego no resultar adjudicataria del contrato a licitar”.

Manifiesta que esta cláusula vulnera numerosa doctrina de Tribunales de contratación y la propia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005 (asuntos C-158/03 y C-234/03). En estos supuestos, se incluye una cláusula de arraigo territorial sin justificación alguna. Reiteramos que según el TJUE la admisión de una cláusula de arraigo territorial solo es posible si concurren 4 requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE.

1. Que se apliquen de manera no discriminatoria.
2. Que estén justificadas por razones imperiosas de interés general.
3. Que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen.

4. Que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Especial mención efectúa de la Resolución 165/2022, de 21 de abril, de este Tribunal, que estima el recurso presentado por ella misma contra unos pliegos de idéntico objeto, aunque de otro distrito de Madrid, e idénticos presupuestos de hecho.

El órgano de contratación en su escrito de contestación al recurso manifiesta: “Que, la impugnada cláusula 5.8 del PPT de la licitación, tiene su fiel reflejo en la cláusula 12 del Anexo I del PCAP, referida expresamente al compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 76.2 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En concreto, dicha cláusula establece que “Los licitadores deberán incluir compromiso de adscripción o dedicación de los medios personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato de acuerdo con lo previsto en el PPT (Cláusulas 5- MEDIOS PERSONALES y 7 MEDIOS MATERIALES).

De lo anteriormente expuesto, se puede constatar que los pliegos impugnados no conculcan en modo alguno los principios señalados en el escrito impugnatorio, puesto que, del análisis jurisprudencial del tema que nos ocupa, vemos que, si bien el origen, domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público, ni tampoco pueden ser circunstancias utilizadas como criterios de valoración, sin embargo sí es posible el supuesto en el que el arraigo territorial no se configure en los pliegos de aplicación ni como condición de solvencia ni como criterio de adjudicación, sino que se configure como una exigencia de compromiso de adscripción de medios durante la ejecución del contrato. Asimismo, podemos mencionar la Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea, de 37 de octubre de 2005 en el asunto C-234/03, de la que se desprende que, si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, por mucho que pudiera considerarse adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, puede resultar desproporcionada, no existe ningún obstáculo para establecerla como

una condición a cumplir durante la ejecución del contrato, que es lo que se hace en el presente caso, toda vez que en ningún momento se ha exigido como un requisito previo que pudiese resultar gravoso para los licitadores que, no teniendo abierta delegación alguna con anterioridad, se viesan obligados a realizar unos gastos que se pudieran considerarse innecesarios y desproporcionados, pues estarían realizándolos asumiendo el riesgo de no ser finalmente los adjudicatarios del contrato, lo que podría disuadirles de su presentación, pero lo que se hace en los pliegos impugnados únicamente va a incidir en la figura del adjudicatario, por lo que lo único que deben hacer los licitadores que se presenten, es prever con anterioridad a la plasmación de su oferta, el coste que les puede suponer el cumplimiento de las exigencias contractuales.

3. En el mismo sentido anteriormente expuesto se manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, en el que no se admite el criterio de arraigo territorial concebido como criterio de adjudicación de contratos, cuya doctrina es recogida expresamente por el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales (TACRC), en su muy reciente Resolución 429/2022, de 7 de abril de 2022. En la misma, se admite plenamente la posibilidad de que los pliegos recojan la exigencia de tener una oficina abierta en la localidad en la que ha de prestarse el servicio, toda vez que en los mismos “no se impone a los licitadores como un criterio de solvencia ni de adjudicación sino a la adjudicataria como una condición de ejecución del contrato que el órgano de contratación ha motivado en los términos ya advertidos, sin que se aprecie que exceda de la discrecionalidad técnica de la que goza éste para establecer el objeto del contrato y las prestaciones que lo definen”.

“En los mismos términos se ha pronunciado el TACRC en diferentes ocasiones, y así, podemos citar igualmente su Resolución 101/2013, de 6 de marzo, en la que se pronuncia en los siguientes términos “además de acreditar la solvencia o, en su caso, clasificación, que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la oportunidad de exigir un plus de solvencia, mediante el establecimiento de la obligación de señalar los concretos medios personales o materiales, como podría ser, en este caso, la

«Delegación de Zona». En definitiva, este compromiso de adscripción de medios se configura como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al licitador idóneo para contratar con la Administración».

4. Finalmente, dentro de las numerosas resoluciones favorables a las tesis mantenidas en el presente informe respecto de la legalidad de las prescripciones contenidas en los pliegos por los que se rige la licitación, señalaremos la Resolución 1717/2021, de 25 de noviembre, del TACRC, básicamente por referirse a un contrato de servicios cuyo objeto, coincide con el presente, pues su denominación es la de “Vigilantes y auxiliares de seguridad para CRTVE”. Siendo idéntico el objeto de contrato y la motivación del recurso presentado, el pronunciamiento del Tribunal adquiere una mayor relevancia, por cuanto los pliegos recurridos establecían, al igual que los que nos ocupan, la necesidad de tener un establecimiento abierto en la localidad de prestación del servicio más únicamente al adjudicatario del contrato y dentro del correspondiente compromiso de adscripción de medios. Así, la citada Resolución reconoce la legalidad de la configuración de este requisito partiendo de que: “No hay que olvidar que el objeto del contrato es la prestación de un servicio. Resulta lógico entender que la disposición de la delegación se exige a futuro, en función de la adjudicación. De lo contrario, se estaría restringiendo la competencia, ya que lo más probable es que concurriesen únicamente las entidades ya implantadas en los distintos ámbitos, beneficiando con ello a las de mayor tamaño frente a las más pequeñas, o a las que tengan arraigo en una zona determinada frente a las demás”. Igualmente, en su Fundamento Jurídico Séptimo, señala que “Sentado que, con arreglo a lo expuesto, lo que se exige es un compromiso a futuro, y no una disponibilidad “ab initio”, lo cierto es que esa exigencia es coherente con la doctrina de este Tribunal acerca de la inclusión de exigencias de arraigo territorial en los pliegos aplicables a la contratación pública.”, mencionando en apoyo de esta tesis, sus Resoluciones nº 955/2015, de 19 de octubre, y nº 76/2016, de 29 de enero, las cuales a su vez hacen recopilación de distintos pronunciamientos que traen base en la ya expuesta sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, para fijar su pronunciamiento en los siguientes términos: “debemos concluir

que en el presente caso la exigencia de disponer de esas delegaciones se configura como un compromiso de adscripción de medios, y que, además, en caso de haberlo configurado como un requisito “ab initio” exigible a todos los licitadores concurrentes en el momento de formular sus ofertas, el mismo sería nulo, conforme a la doctrina de este Tribunal, por su carácter restrictivo de la concurrencia”.

Comprobado el Anexo I del PPT son 6 oficinas de atención al ciudadano con un vigilante por oficina, que, además, es personal subrogable.

Tal y como este Tribunal manifestó en su Resolución 165/2022, de 21 de abril: *“La exigencia de disponer de una sucursal o delegación en Madrid viene diferida al adjudicatario, no afectando a las condiciones de aptitud, solvencia o criterios de adjudicación. Para 6 trabajadores destinados a la contrata se entiende por este Tribunal desproporcionada la exigencia de una sucursal en Madrid, delegación que implica la disponibilidad de un local, un mobiliario, personal de oficina y una estructura, que está más lejos del alcance de las empresas de seguridad no radicadas en Madrid, solo para la ejecución de este contrato. Tal y como expresa el artículo 17 del Reglamento de Seguridad Privada citado a la solicitud de apertura de sucursal debe acompañarse esta documentación:*

“a) Inventario de los bienes materiales que se destinan al ejercicio de las actividades en la delegación o sucursal.

b) Documento acreditativo del título en virtud del cual se dispone del inmueble o inmuebles destinados a la delegación o sucursal.

c) Relación del personal de la delegación o sucursal, con expresión de su cargo, categoría y del número del documento nacional de identidad o, en el caso de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, del número de identidad de extranjero. Cuando no haya obligación de obtener este último, se expresará el número del documento de identidad equivalente”.

A lo que cabe añadir que una sucursal no es simplemente un local, sino un establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta

autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad (artículo 295 Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil). Es un establecimiento mercantil representativo del principal, al que dirigirse como tal, y que se inscribe en el Registro Mercantil.

Esta exigencia de apertura de sucursal favorece a las empresas que ya tengan su oficina principal o sucursal en la Comunidad de Madrid y discrimina a las que no lo tienen.

Tampoco se encuentra justificado desde la perspectiva de la coordinación de los 6 vigilantes y su relación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la obligación de abrir una delegación o sucursal, como condición vinculada al ejercicio de su actividad por el coordinador o su suplente, y la disponibilidad de los mismos (por móvil) durante todo el año.

Por otro lado, la exigencia va más allá de lo que exige la normativa de seguridad privada, que atiende probablemente a finalidades de necesidad de coordinación, relación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y complejidad de la estructura provincial, cuando requiere para exigir la apertura de una delegación o sucursal que el número de vigilantes en la provincia sea superior a 30 y la duración del servicio mayor a un año. Dando por cierto el número de 162 vigilantes que consigna la Policía Local, no obstante, la redacción de los pliegos no es conforme a derecho en cuanto exige la disponibilidad de la sucursal o delegación independientemente del número de vigilantes en la provincia. Descartada la existencia de motivos suficientes en la prestación para requerir una sucursal en la Comunidad de Madrid, solo sería admisible si se circunscribiera la exigencia a las empresas de seguridad licitadoras con más de 30 vigilantes en la Comunidad de Madrid, como habilitación requerida por la norma.

Esta cláusula infringe los artículos 1 y 132 de la LCSP, en relación con el 18.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que considera discriminatorios para la adjudicación de contratos públicos, los requisitos basados “directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador”, y en particular “que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en

el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio”.

Se estima el recurso, con anulación de las cláusulas impugnadas, 5.8 del PPT y 12 del PCAP”.

Por todo ello se estima el recurso, que conlleva la anulación de la cláusula 5.8 del PPTP y apartado 12 del Anexo I al PCAP y con ello, en virtud de lo establecido en el artículo 122.1, con retroacción de las actuaciones

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Alcor Seguridad S.L., contra los pliegos de condiciones publicados el 9 de mayo de 2022 y que regirá la adjudicación del contrato de “Servicios de vigilancia y seguridad de los edificios dependientes del Distrito Centro del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente 300/2021/00605, anulando las cláusulas impugnadas, 5.8 del PPT y apartado 12 del anexo I del PCAP, retro trayendo el procedimiento al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

Segundo.- 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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.