



EB 2022/033

Resolución 93/2022, de 1 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por I-SEC AVIATION SECURITY, S,L. contra el acuerdo de no adjudicación del contrato “Servicio de vigilancia en estaciones e instalaciones de ETS”, tramitado por Euskal Trenbide Sarea (ETS).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de febrero de 2022 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso en materia de contratación interpuesto por I-SEC AVIATION SECURITY, S,L. (en adelante, I-SEC) contra el acuerdo de no adjudicación del contrato “Servicio de vigilancia en estaciones e instalaciones de ETS”, tramitado por Euskal Trenbide Sarea (en adelante, ETS).

SEGUNDO: El mismo día 15 de febrero se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 17 de febrero.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 21 de febrero, no se han recibido alegaciones.





CUARTO: Con fecha 22 de febrero la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 05/2022, por la que se adopta a medida cautelar de suspender la tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.G.I, que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El acto impugnado está incluido en el ámbito del recurso especial, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional octava de la LCSP.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Por lo que se refiere a la impugnabilidad del acto, este OARC / KEAO ha venido señalando (ver, por ejemplo, su Resolución 31/2016) que la renuncia a la adjudicación o a la celebración del contrato es un acto susceptible de recurso especial por exigirlo así una interpretación coherente y finalista del artículo 44.2 de la LCSP, cuyo objetivo es la trasposición de la legislación de la UE sobre la materia; téngase en cuenta que, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como la renuncia, impiden, no ya a un licitador, sino a todos ellos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho de la UE, considerando que dicha inclusión está



requerida por la necesidad de que la legislación europea tenga un «efecto útil». En este sentido, «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan» (véanse la STJUE de 18/6/2002, ECLI: EU: C: 2002: 379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55 y, en el mismo sentido, las Resoluciones 88/2013 y 20/2014 del OARC / KEAO).

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, ETS es una entidad pública de derecho privado con la condición de Administración Pública, según el artículo 3 y la disposición adicional octava de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) I-SEC considera que el Acuerdo impugnado debe anularse por ser incoherentes los argumentos que lo fundamentan con los hechos acaecidos desde la apertura de las ofertas y ante la constancia de que la proposición de I-SEC era la más ventajosa.

b) El recurrente alega incoherencia entre los hechos y los motivos expresados por el órgano de contratación para justificar la no adjudicación del contrato, y



estima que hay indicios de desviación de poder y de que se pretende evitar la adjudicación del contrato al recurrente:

- El acto impugnado se basa en la detección de carencias en los pliegos; concretamente en la necesidad de incluir servicios extraordinarios por transbordos motivados por obras en la plataforma ferroviaria o por averías en el material móvil (lotes 1 y 2), y para incluir el servicio de vigilancia y custodia de maquinaria e instalaciones para sondeos (lote 2); ETS habría tenido conocimiento de estas circunstancias el 25/1/2022. Sin embargo, el recurrente alega que estos hechos ya se conocían antes de la redacción de los pliegos, habiendo constancia de que se trata de servicios que se realizaban antes de dicho momento. Estos servicios extraordinarios no eran tan indispensables cuando no se recogieron en los pliegos iniciales y nunca se han recogido en los pliegos de las licitaciones de los últimos años.
- El poder adjudicador basa también su decisión en la necesidad de que sea la misma empresa que ejecuta el lote provincial la que asuma los correspondientes servicios extraordinarios. El recurrente alega que un contrato de emergencia no fue ejecutado por el adjudicatario del lote provincial sino por ALSE, con resultado positivo reconocido por la misma ETS.
- ETS alega que los trabajos de protección de sondeos no podían tramitarse como modificaciones por superar el 20% previsto en el artículo 204 de la LCSP como límite para las modificaciones previstas en los pliegos, lo que habría sido adecuado. El recurrente afirma que no hay un estudio económico que cuantifique el coste de los servicios extraordinarios y justifique que vaya a superarse el citado porcentaje y que no se ha planteado la tramitación como modificaciones no previstas, cuyo límite es el 50%.
- El argumento de que el servicio contratado se vería menoscabado si no se incluyen en él los servicios extraordinarios también es combatido por I-SEC, que alega que es precisamente el acuerdo impugnado el que



menoscaba el servicio ofrecido por ETS y que la soluci3n m3s r3pida y eficaz es culminar la actual licitaci3n y aplicar, en su caso, la cl3usula 33 del Pliego de Cl3usulas Administrativas Particulares (PCAP), que recoge el procedimiento de modificaci3n del contrato.

c) I-SEC entiende que no hay sustento suficiente para el inter3s p3blico alegado como soporte del acto impugnado; asimismo, se alega que el 3rgano de contrataci3n ha actuado r3pidamente ante cualquier hecho que conllevara no adjudicar el contrato a I-SEC y ha tenido una inacci3n sorprendente para adjudicar el contrato a la mejor oferta. En s3ntesis, los indicios alegados para apoyar el reproche de que se ha discriminado al recurrente son los siguientes:

- En la misma sesi3n de la Comisi3n Delegada de ETS se aprob3 la declaraci3n de oferta m3s ventajosa de varias licitaciones, mientras que no se adopt3 dicha decisi3n para el procedimiento impugnado, sin haber una raz3n v3lida para esta diferencia, lo que indica un prop3sito deliberado de paralizarlo.
- Se alter3 la puntuaci3n de la oferta t3cnica de I-SEC sin justificaci3n alguna ni documento que refleje el cambio de criterio.
- Se practic3 un requerimiento a I-SEC a petici3n de ALSE para que presentara aclaraciones a su oferta, suspendiendo la notificaci3n del acuerdo de designaci3n de mejor oferta; llama la atenci3n que la persona que atiende la petici3n de I-SEC es la misma que suscribe el informe jur3dico de propuesta de no adjudicaci3n del contrato. Se alega que pasaron 46 d3as entre la presentaci3n de las aclaraciones y la decisi3n impugnada.

d) El recurrente alega que el acto impugnado le perjudica porque, en el caso de que se proceda a una nueva licitaci3n, se da a sus competidores la posibilidad de rehacer sus proposiciones con base en la mejor oferta econ3mica de I- SEC, lo que les concede ventaja. Esto no suceder3a si la decisi3n de no adjudicar el contrato se hubiera tomado en una fase del procedimiento en la que no se



conociera el contenido de las ofertas, lo que no se ha hecho porque el procedimiento se ha demorado fraudulentamente para evitar la adjudicación a I-SEC, que alega que todo ello reúne las características de la desviación de poder o del fraude de ley.

e) Según I-SEC, la renuncia no es conforme con el interés público porque en una nueva licitación las empresas incrementarían sus costes salariales y los repercutirían en sus proposiciones.

f) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y:

- En primera instancia, la retroacción de las actuaciones necesarias para continuar el proceso de licitación hasta el momento en el que se deba declarar y notificar el acuerdo de declaración de mejor oferta y se proceda con el proceso de recepción de la documentación justificativa para adjudicar los dos lotes a I- SEC.
- De no ser así, y puesto que para el lote 1 ha quedado mayor constancia de que no hay justificación para no adjudicar, que se continúe en los términos establecidos en el punto anterior, pero tan solo para el lote 1.

SEPTIMO: Alegaciones de ETS

ETS se opone a la impugnación por los motivos que a continuación se resumen:

a) Se alegan las necesidades de coordinación del servicio y el respeto a los artículos 1 y 28 de la LCSP para justificar la inclusión de todos los servicios de seguridad en un único expediente.

b) El poder adjudicador alega que las actuaciones de la Mesa de Contratación y de la Comisión de Contratación de ETS son ajustadas a Derecho; en particular, niega que el itinerario procedimental denote arbitrariedad alguna en perjuicio del recurrente y afirma que la decisión impugnada se fue madurando en los meses



de noviembre y diciembre de 2021, y culminó con el informe de 25 de enero de 2022.

c) La petición de aclaración de la oferta de I- SEC en el plazo de tres días (la recurrente no solicitó uno mayor, el cual se le hubiese concedido) está amparada por la normativa de contratación pública y la jurisprudencia que la interpreta, y se consideró necesaria para precisar un elemento relevante de la proposición.

d) La renuncia a la adjudicación se basa en la necesidad de ejecutar nuevas campañas geotécnicas en 2022, amenazadas por un movimiento social para boicotearlas, lo que conlleva que ETS deba actuar para proteger personas y materiales. Esta protección se venía atendiendo por la vía de una contratación de emergencia, situación que no debe perpetuarse en el tiempo.

e) ETS alega que la figura de las modificaciones contractuales no previstas no parece sustentar la protección de los trabajos geotécnicos por no cumplirse el requisito de que la modificación se limite a introducir las variaciones estrictamente necesarias para responder a la causa objetiva que la justifica.

f) Sobre la justificación basada en la protección de los servicios extraordinarios de personas usuarias en transbordos, se entiende adecuado incluirlos en los pliegos de la nueva contratación porque la alternativa sería tramitar contratos menores, de la cual no debe abusarse.

g) ETS entiende que la decisión recurrida respeta los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste en esta materia; argumenta que, en la nueva licitación, todas las empresas podrán presentar una nueva oferta adaptada a las nuevas condiciones y que los precios ofertados y a ofertar podrían y deberían variar.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO



En síntesis, el recurso solicita la anulación del acto impugnado por entender que la renuncia a la adjudicación del contrato se basa en argumentos incoherentes con los hechos acaecidos desde la apertura de las ofertas y porque dicha renuncia se dicta para evitar la adjudicación del contrato al recurrente.

A la vista de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, seguidamente se expresan las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la impugnación:

a) Sobre la renuncia a la adjudicación: doctrina general

El artículo 152.3 de la LCSP permite que el poder adjudicador decida no adjudicar o no celebrar el contrato por razones de interés público, no pudiendo promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar tal decisión. Esta forma de finalizar el procedimiento de adjudicación se halla regulada básicamente en los mismos términos que el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) por lo que es de aplicación la doctrina que al respecto ha desarrollado este OARC / KEAO (ver las Resoluciones 116/2013, 91/2015 y 31/2016) y que se resume en que se trata de una decisión basada en motivos de oportunidad que aconsejan no continuar el procedimiento de adjudicación, aunque tampoco puede descartarse que el poder adjudicador pueda usarla ilegítimamente para eludir el cumplimiento de una Resolución del OARC / KEAO o perjudicar a un licitador bien posicionado para obtener el contrato, situaciones que podrían calificarse como desviación de poder (artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa) o fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil). Por ello, es fundamental en el análisis de la legalidad de la renuncia la verificación de la consistencia de los motivos de interés público alegados para sustentarla, que debe apreciar, entre otras cosas, que dichos motivos sean coherentes con los hechos y el itinerario procedimental anteriores al acto ahora impugnado. A todo ello se debe añadir la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440/13,



ECLI:EU:C:2014:2435, apartado 31) que ha manifestado que la normativa sobre contratación pública europea no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves, así como que los procedimientos de recurso previstos en la Directiva 89/665 tienen por objeto el ejercicio de un control de legalidad y no de un control de oportunidad (apartado 44). En suma, habida cuenta que la renuncia a celebrar o adjudicar el contrato es un acto discrecional del Órgano de contratación que por motivos de conveniencia considera adecuado no llegar a perfeccionarlo, el OARC / KEAO únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador:

- (i) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de la potestad ejercida, lo que, en el supuesto que nos ocupa, consiste en verificar si concurren razones de interés público y si éstas están debidamente justificadas en el expediente,
- (ii) si comprobara que la decisión es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique o tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, o
- (iii) si constatará la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública.

Partiendo de esta base, debe analizarse primeramente los motivos que sustentan el acto impugnado para verificar su suficiencia para cumplir con lo dispuesto en el artículo 152.3 de la LCSP y posteriormente, en su caso, determinar si existe arbitrariedad en perjuicio de la recurrente o infracción de algún otro principio básico de la LCSP.



b) Sobre la motivación del acto impugnado

La renuncia a la adjudicación del contrato se fundamenta en la existencia de una serie de circunstancias que no se tuvieron en cuenta en la redacción de los pliegos del contrato impugnado y que conllevan la necesidad de añadir ciertos servicios al objeto del contrato para que éste satisfaga el interés público:

- en primer lugar, se trata de servicios extraordinarios de vigilancia y control de usuarios en transbordos derivados de actuaciones en las instalaciones con cortes de servicio ferroviario, los cuales no se contemplan en los pliegos, lo que supone una carencia respecto a los servicios de seguridad privada que debe cubrir ETS; estos servicios deben incluirse en los pliegos para que los mismos y los servicios de vigilancia ordinarios queden vinculados mediante las figuras de control de calidad y cumplimiento de turnos y rutómetro existentes, para poder asegurar la coordinación de todo el personal implicado en el servicio y la prestación correcta y útil del mismo.
- en segundo lugar, y en referencia al Territorio de Gipuzkoa, se señala la necesidad de proteger los trabajos de sondeos en la Nueva Red Ferroviaria del País Vasco; se alega la necesidad de continuar con servicios de vigilancia como el que se contrató por tramitación de emergencia en septiembre de 2021, cuyo plazo expiró en noviembre del mismo año; se trata de un acontecimiento excepcional y que suponía un grave peligro para los trabajadores, como se deduce de los sabotajes a maquinaria y elementos auxiliares; se alega que el servicio es necesario porque en 2022 se realizarán nuevo sondeos y que la inclusión de los citados servicios en la presente contratación se justifica por la situación de riesgo y por la improcedencia de nuevas tramitaciones de emergencia.



- no licitar conjuntamente los servicios citados en los dos apartados anteriores, incluyéndolos en los mismos pliegos, llevaría a duplicar la figura de Coordinador, lo que supondría falta de coordinación de servicios y desaprovechamiento del personal disponible en caso de descubiertos, y no habría informes de registro de las incidencias diarias.
- los trabajos adicionales superan el porcentaje del 20% del presupuesto de licitación, límite que el artículo 204 de la LCSP establece para las modificaciones del contrato previstas en los pliegos.

A juicio de este Órgano, las citadas razones son suficientes para justificar el acto impugnado. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) Procurar que el contrato comprenda la integridad de su objeto no solo es una necesidad que debe atenderse para garantizar su correcta gestión, es también un imperativo para su adecuada configuración legal (ver, por ejemplo, los artículos 28.1 y 99. 1 y 2 de la LCSP). En este sentido, parece razonable entender, como hace ETS, que los servicios de vigilancia y control de los transbordos (ligados a actividades ordinarias y permanentes del poder adjudicador) y los de protección de los sondeos (en tanto en cuanto dure la causa que los justifica) han de figurar en el mismo procedimiento de adjudicación.
- 2) Los motivos de oportunidad alegados (especialmente, mejorar la coordinación de la ejecución del contrato y optimizar los sistemas de control de la calidad) pueden considerarse incluidos dentro de los que pueden sustentar el ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara a ETS para determinar el objeto del contrato y, por extensión, para decidir sobre la oportunidad de no celebrar el contrato si dicho objeto no satisface el interés general.



- 3) Frente a lo expresado en los dos apartados anteriores, el recurrente no ha acreditado que la citada discrecionalidad técnica se haya ejercido incorrectamente por basarse en motivos inadecuados o no pertinentes. En particular, debe descartarse que los servicios adicionales que se integrarían en el contrato que sustituya al impugnado puedan adquirirse acudiendo a su modificación; así, se observa que los pliegos no incluyen modificaciones previstas (artículo 204 de la LCSP), por lo que, entre otras cosas, sería igualmente preciso renunciar a la celebración del contrato para adaptar los pliegos. Por otro lado, tampoco pueden encajar en la figura de la modificación no prevista (artículo 205 de la LCSP), habida cuenta de que se trata de servicios que responden a necesidades bien conocidas actualmente, lo que convertiría en un fraude de ley su no inclusión en la actual licitación para demorar la adquisición a la fase de ejecución del contrato; téngase en cuenta que los límites legales a la modificación de los contratos pretenden preservar los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia entre todos los licitadores (artículo 1.1 de la LCSP).
- 4) Debe señalarse que el posible incremento de los costes del nuevo contrato no se derivaría tanto de la renuncia impugnada como de la obligación, común a cualquier procedimiento de adjudicación, de que el presupuesto base de licitación se ajuste al mercado (artículo 100.2 de la LCSP).

c) Sobre la arbitrariedad de la decisión impugnada

El recurrente entiende que el itinerario procedimental previo a la adopción del acto impugnado demuestra su arbitrariedad; en este sentido, I –SEC estima que la finalidad real de la renuncia a la celebración es perjudicar a la recurrente, cuya oferta ya se había identificado como la más ventajosa. Este Órgano considera



que la veracidad de este reproche no se deduce del expediente ni se acredita por I- SEC; en particular, se observa lo siguiente:

- 1) Con independencia del juicio legal que pueda merecer el trámite por el que el poder adjudicador solicitó a I-SEC aclaraciones sobre la documentación contenida en su oferta, cuestión que no es objeto del recurso, lo cierto es que no se acredita que dicha actuación demuestre la intención de demorar el procedimiento en perjuicio del recurrente. Por el contrario, que la aclaración se le requiriera a I-SEC obedece en última instancia a las alegaciones de un tercero y se fundamenta en dudas sobre el alcance de la proposición de la oferta designada como más ventajosa, sin que pueda deducirse de ello un tratamiento desigual por parte del órgano de contratación.
- 2) Por lo que se refiere a la emisión del informe de 25 de enero, que expone los argumentos que sirven de base a la renuncia a la celebración del contrato impugnada, no parece descabellado que el departamento de seguridad de ETS, servicio promotor de la contratación y principal interesado en su objeto, transmita al órgano de contratación su criterio fundamentado sobre la inadecuación de la celebración.
- 3) Por último, el hipotético perjuicio a la recurrente en una nueva licitación por haberse desvelado ya el contenido de su proposición sería, en todo caso, un efecto inherente a la repetición de un procedimiento de adjudicación y afectaría a todos los operadores económicos, sin que se pueda deducir trato discriminatorio contra I- SEC. Por otro lado, las nuevas ofertas que, hipotéticamente, presentarían los mismos operadores económicos serían forzosamente diferentes porque también lo sería la estructura de costes y el contenido del nuevo contrato.

d) Conclusión



A la vista de lo expuesto en las letras a) a c) anteriores, el recurso debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por I-SEC AVIATION SECURITY, S.L. contra el acuerdo de no adjudicación del contrato “Servicio de vigilancia en estaciones e instalaciones de ETS”, tramitado por Euskal Trenbide Sarea (ETS).

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión cautelar de la tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko ekainaren 1a

Vitoria-Gasteiz, 1 de junio de 2022