



Recurso nº 199/2018

Resolución nº 374/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 13 de abril de 2018

VISTA la reclamación interpuesta por D.C.A.F.F., en nombre y representación de ILUNION SEGURIDAD, S.A. contra la adjudicación y de contrato en el procedimiento de contratación para la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad para el período 2018 (6 lotes) tramitado por ADIF mediante procedimiento negociado sin publicidad, bajo el número de expediente 2.17/43760.0045 el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 27 de octubre de 2017 el Consejo de Administración de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, en adelante ADIF, acuerda la aprobación del expediente de contratación, de los pliegos, del gasto, y apertura del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de vigilancia y seguridad (6 lotes) (expediente nº 2.17/43760.0045), presupuesto de licitación: cuarenta y nueve millones setecientos sesenta y cuatro mil quinientos treinta y nueve euros con veinte céntimos (49.764.539,20 €), valor estimado del contrato total: ochenta y siete millones novecientos treinta y un mil setecientos once euros con cincuenta y siete céntimos (87.931.711,57 €) y plazo de ejecución: doce (12) meses mediante el procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad del art. 59.a de la ley 31/2007)

Según se justifica en el Expediente, en el informe de negociación, la elección de tal procedimiento responde a la no presentación de ofertas en el expediente 2.17143760.0013, por el cual se invitaban a las cuatro empresas seleccionadas mediante criterios de solvencia técnica y económica en el expediente 2.17143760.0013. En ese



procedimiento restringido no se pudo adjudicar el contrato a ninguna de las catorce empresas participantes, señalándose en el recurso que los cuatro licitadores seleccionados por ADIF para participar en la segunda fase (PROSEGUR SOL INTEG SEGU ESPAÑA, S.L., SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, S.A., EULEN y la UTE TRABLISA-SEGURISA) ninguna de ellas presentó oferta para ninguno de los lotes del contrato.

Segundo. El 23 de noviembre de 2017 finalizó el plazo de recepción de ofertas. Las empresas que presentaron ofertas fueron las siguientes, distribuidas por Lotes:

Centro	Eulen seguridad, S.A.
	Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L.
	Securitas seguridad España, S.A.
	UTE Segurisa-Trablisa
Este	Eulen seguridad, S.A.
	Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L.
	Securitas seguridad España, S.A.
	UTE Segurisa-Trablisa
Nordeste	Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L.
	Securitas seguridad España, S.A.
	UTE Segurisa-Trablisa
Noroeste	Eulen seguridad, S.A.
	Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L.
	Securitas seguridad España, S.A.
	UTE Segurisa-Trablisa



Norte	Eulen seguridad, S.A.
	Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L.
	Securitas seguridad España, S.A.
	UTE Segurisa-Trablisa
Sur	Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L.
	Securitas seguridad España, S.A.
	UTE Segurisa-Trablisa

Tercero. El 7 de diciembre de 2017 fue entregado el informe de solvencia. Todos los licitadores cumplieron con los requisitos de solvencia técnica y económica. La evaluación técnica de los seis lotes fue realizada por el Gerente territorial de cada uno de los lotes. Desarrollándose durante los días 28, 29 y 30 de noviembre de 2017.

En fecha 11 de diciembre de 2017 se realizó la apertura de las proposiciones económicas. De acuerdo al pliego de condiciones administrativas particulares, cláusula j, el único aspecto que se podrá negociar será el precio; comunicándose a los licitadores que participaban en el procedimiento, que deberán presentar una nueva oferta económica, teniendo como plazo máximo el día 12 de diciembre de 2017, abriéndose así la fase de negociación. El mismo 12 de diciembre se reúne la comisión de valoración y una vez abierta la mejora presentada por las empresas Eulen seguridad, S.A., Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L., Securitas seguridad España, S.A y constatada que por la UTE Segurisa-Trablisa no se iba a mejorar la primera oferta se entrega a los servicios de ADIF para su valoración total y para que se acuerde la propuesta de adjudicación. Obra también en el expediente, en el informe de negociación como ese mismo día 12 de diciembre se realiza la misma.

Cuarto. En fecha 13 de diciembre de 2017 se reúne la comisión de valoración aceptando y haciendo suya la mencionada propuesta de adjudicación favor de las siguientes empresas:

Centro; Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L.; 9.103.419,38.



Noroeste; Eulen Seguridad, S.A, 5.883.340,00.

Sur; Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L.; 7.482.342,74.

Este; Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L.; 5.733.826, 57.

Nordeste; Prosegur soluciones integrales de seguridad España S.L.; 9.2 51.821,44.

Norte; Securitas seguridad España, S.A; 2.769.9 50, 54.

Quinto. En fecha 19 de diciembre de 2017 el Consejo de Administración adjudica el contrato en los términos de la propuesta que le fue elevada. El 8 de febrero de 2018 se publica en la plataforma de contratación del sector público la adjudicación del contrato, adjudicación que fue también publicada posteriormente en la web de ADIF y en el DOUE.

Sexto. El 1 de marzo de 2018 se interpone ante este Tribunal reclamación contra la adjudicación del contrato constando el anuncio previo en fecha 26 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El escrito de interposición debe calificarse como reclamación en los procedimientos de adjudicación, prevista en el capítulo I del Título VII de la LCSE (arts. 101 y siguientes). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSE, corresponde a este Tribunal la competencia para la resolución de las reclamaciones.

Segundo. El contrato objeto de reclamación es un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 418.000 €, por lo que queda sujeto a la LCSE, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.a) del referido cuerpo legal. En consecuencia, el contrato es susceptible de reclamación conforme a lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSE.

Tercero. En cuanto a la legitimación, la empresa recurrente impugna la adjudicación en un procedimiento negociado sin publicidad en el que no ha participado. Resumidamente, su conocimiento e interés se deriva de la participación de esta empresa recurrente en otro procedimiento esta vez restringido que precedió al negociado que ahora nos ocupa. Aquel negociado quedó desierto por no haber presentado oferta las empresas que fueron seleccionadas en la fase previa de dicho procedimiento, por lo que el órgano de contratación encaró nuevo procedimiento de contratación esta vez ya bajo las reglas de



un negociado sin publicidad al existir cobertura bastante puesto que existió un procedimiento ordinario previo, el restringido, que no terminó con la adjudicación del contrato. Así las cosas, la primera cuestión que plantea el órgano de contratación en su informe es precisamente la falta de legitimación de la empresa recurrente, no ya solo por el hecho de no haber participado en el negociado sin publicada, sino más bien por el hecho de no haber superado esa primera fase previa en el restringido en el que sí participó. Considera por lo tanto que nunca pudo haber presentado su oferta en el primer restringido al no haber superado la fase previa, por lo que tal circunstancia a juicio del órgano de contratación, basta para considerar que no puede recurrir ahora el procedimiento negociado, ya que en este ADIF únicamente cursó invitación a aquellas empresas que habían superado la primera fase del anterior restringido, por lo que a su juicio nunca hubiera sido invitado al negociado, lo que excluye su interés legítimo en esta reclamación.

La falta de legitimación es también alegada por la empresa EULEN SEGURIDAD que presentó alegaciones al entender que, si nunca hubiera podido resultar adjudicatario del primer procedimiento restringido (por no superar esa primera fase previa) tampoco hubiera podido serlo en el negociado, por lo que tampoco tendría interés legítimo en recurrirlo.

Lo cierto es que deben rechazarse tales interpretaciones restrictivas de la legitimación activa y considerar que sí ostenta legitimación para recurrir. En el PCAP se señala expresamente en la justificación el contrato que se ha optado por cursar invitación a las empresas que superaron esa primera fase del anterior procedimiento al disponer:

De otro lado se invitarán a las empresas seleccionadas en cada uno de los lotes del procedimiento desierto, por cuanto que las mismas han acreditado que ostentan la capacidad y solvencia necesaria para realizar la prestación objeto del presente expediente.

Pero no hemos de obviar que se trata de dos procedimientos autónomos, distintos entre sí y lo que es objeto de reclamación no es tanto la adjudicación en sí, sino más bien la elección de este procedimiento excepcional de negociado sin publicidad, cuestionando el cumplimiento de los requisitos por los que se permite acceder a ese procedimiento, si



bien solo se puede recurrir cuando se conoce, esto es, cuando se publica la adjudicación recaída en el mismo. Pero, reiteramos, al cuestionar una empresa del ramo, que además participó en anterior procedimiento, la elección de un tipo específico de procedimiento de adjudicación, debe reconocérsele dicha legitimación. Las alegaciones del órgano de contratación y del otro adjudicatario citadas podrían servir para el caso de impugnar la recurrente la adjudicación en un restringido en el que no hubiese superado esa primera fase previa, ya que ahí sí que nunca podrá ver afectados sus derechos e intereses legítimos puesto que nunca podría haber resultado adjudicatario; pero el escenario que ahora nos ocupa es diverso, y por ello diversa ha de ser también la respuesta ya que se analizará si se podía ir a un negociado sin publicidad, y la respuesta que se dé, en caso de ser afirmativa, afectará a sus intereses, ya que llevará a una posible participación en nueva licitación.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación la doctrina sentada por este Tribunal al respecto, en su resolución

Resolución nº 306/2017 de 31 de Marzo de 2017

Segundo.A) Pese a no haber sido aducida por el órgano de contratación, debemos analizar la cuestión de la legitimación de la recurrente para impugnar el Pliego rector de la convocatoria, al tratarse de un requisito de orden público de cuya concurrencia depende la admisión a trámite de la reclamación (cfr.: artículo 22.1.2º RPERMC y Resolución 547/2016). B) A este respecto, debemos recordar que la LCSE no confiere una acción popular en materia contractual, sino que, antes bien, la subordina a que la decisión perjudique o pueda afectar a derechos o intereses legítimos del reclamante (cfr.: artículo 102 LCSE), derechos o intereses legítimos que, tratándose de una licitación, no pueden identificarse con algo distinto que la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato (cfr.: Resoluciones 57/2012, 119/2013, 278/2013 –confirmada esta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Roj SAN 2315/2014- y 37/2015, entre otras).

Este postulado es coherente con la definición de la legitimación en nuestro Ordenamiento, que la concibe como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de esta se traduzca en la obtención



de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-). Por ello, la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de diciembre de 2001 (Roj STS 10238/2001) afirmó: “[...] la postura de la parte en cuestión no era la de un “francotirador” que interviene a destiempo en una contienda que no le ha afectado y a la que no ha atendido --supuestos a los que se refieren las sentencias de esta Sala que de contrario se citan, y tantas otras--, impugnando, por ejemplo, pliegos de un concurso en el que no ha participado, casos en el que carecería de legitimación activa, sino la de alguien que ha patentizado un interés en lo que pretende, lo que sí genera en su favor dicha legitimación que, por consiguiente, ha de ser aceptada por esta Sala.” Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad, hipótesis abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 (Roj STS 4465/2005), en la que se lee: <<Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a una determinada empresa, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad.

Sin que a lo anterior obste el que la parte recurrente alegue que el interés ha de ser específico, actual, real y ni potencial o hipotético, pues ese es precisamente el interés que la parte recurrida aduce, y que no es otro, que el de participar en condiciones de igualdad con todos los posibles concursantes, y obviamente si así participa, tiene un interés concreto y real, como es, por un lado el participar en el concurso en condiciones de igualdad con las demás empresas, y por otro, tener derecho a obtener la adjudicación si reúne las condiciones exigidas y obtiene mejor puntuación que las demás empresas.>>



Con mucha generosidad, incluso, la misma Sala III ha llegado a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido, y así, en sentencia de 29 de junio de 2006 (Roj STS 4550/2006), afirmó: <<Entiende la Sección que, a más de que la alegación del recurrente sea cierta, no debe mantenerse en términos tan estrictos la falta de legitimación por inexistencia de interés personal. Según se desprende de los autos el demandante es militar de profesión, y por tanto podría eventualmente optar a la adjudicación de una vivienda militar, no siéndole indiferente cual sea el procedimiento de adjudicación por concurso o por subasta. Por ello, aunque no exista un interés personal presente y real no puede descartarse la posibilidad de que el actor tuviera interés en optar a la adjudicación de viviendas, por ejemplo si se hubiera convocado en otras condiciones.>> Consideraciones que, aun relativas a la adjudicación de una vivienda sometida a la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, son extrapolables “mutatis mutandis” a un procedimiento de licitación de contratos públicos. C) Estos postulados están firmemente asentados en el Derecho Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992 requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles “como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”, expresión esta que se refiere “a la persona que, al presentar su oferta para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo” (cfr.: apartado 19 Sentencia TJCE, Sala Segunda, 8 de septiembre de 2005 –asunto C-129/04-, que, aun referida al artículo 1.3 de la Directiva 89/665 es extrapolable al 1.3 de la Directiva 92/13, de contenido sustancialmente idéntico).

Sin embargo, y como acaece en nuestro Derecho interno, dicho principio admite excepciones, y así, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C230/02), señaló: <<27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. 28 No obstante, en el supuesto



de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate.>> D) Llegados a este punto, estamos en condiciones de abordar si, efectivamente, cabe reconocer a la reclamante un interés legítimo para impugnar el Pliego rector de una licitación en la que no ha tomado parte. A nuestro juicio, se impone una respuesta afirmativa. En efecto, tratándose de una profesional dedicada al transporte de mercancías por carretera y a la mensajería (según se deduce del alta en el IAE correspondiente a tales epígrafes, acreditada mediante certificación de la AEAT que se aporta) que reclama la nulidad del procedimiento de licitación por entender, a grandes líneas, que la configuración de la prestación que resulta del Pliego es perjudicial para ella y que existen infracciones en el procedimiento que se pretende seguir, no puede negarse la presencia de un interés legítimo en el sentido del artículo 102 LCSE. Desde otra perspectiva, exigir que hubiera participado en dicha licitación a quien considera que la misma está trufada de irregularidades sería una carga excesiva y desproporcionada, difícilmente conciliable con el principio “pro actione”, máxime cuando el propio órgano de contratación no ha cuestionado la legitimación de la impugnante. Se impone, pues, un juicio favorable a la legitimación de la reclamante.

Por lo expuesto, ha de reconocerse legitimación a la empresa para recurrir.

Cuarto. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir, constando además el anuncio previo.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere básicamente, una vez analizada la legitimación, a dilucidar si se cumplen los requisitos previstos en la LCSE para poder acudir a un procedimiento negociado sin publicidad. Entiende el recurrente que el hecho de haberse incrementado el precio de licitación implica una modificación sustancial en las condiciones de la misma y por lo tanto no se podría acudir a este procedimiento negociado sin publicidad con tal cambio del precio. En apoyo a dicha tesis cita la modificación legislativa que sufrió el derogado TRLCAP RD Legislativo 2/2000 como

consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 13 de enero de 2005 en el asunto C-84/03, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento, con arreglo al artículo 226 CE, interpuesto por la Comisión contra el Reino de España. Considera la recurrente que, en aplicación de dicha tesis, debe rechazarse la posibilidad de acudir a un procedimiento negociado cuando se está incrementando de manera sustancial el precio del mismo en referencia al anterior procedimiento que haya establecido, puesto que debe interpretarse que cualquier modificación del precio debe considerarse sustancial. En apoyo también de sus tesis cita la redacción de la nueva ley de contratos del sector público Ley 9/2017 en la que se señala en el artículo 168

"Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:

1.2 No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite".

A pesar de no ser de aplicación al contrato entiende que debe tomarse en consideración a efectos interpretativos.

Por su parte, el órgano de contratación, además de la ya analizada falta de legitimación, considera que sí es correcto el procedimiento negociado a pesar de haberse modificado el precio. Así, interpreta en otro sentido la sentencia del TJUE y considera que en aquella ocasión no se señaló que no se podía establecer una modificación mayor del 10%, y en el caso concreto la modificación es de 9,6 % -aceptándola- sin llegar a ese tope máximo del 10% por lo que no debe considerarse sustancial la modificación; rechazando así la

interpretación del recurrente. Estiman también en este primer motivo que no resulta aplicable la Ley 9/2017 y que la Directiva 2014/24/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales no señala limitación porcentual alguna.

En segundo lugar, acuden a una interpretación literal del artículo 59 de la LCSE para analizar qué debe considerarse como modificación sustancial, rechazando que la que se ha operado en el precio en este caso lo sea, analizando los pliegos tipo que maneja el ADIF para delimitar el concepto jurídico indeterminado “sustancial”, entendiendo que si es inferior al 10% -por analogía a la modificación del contrato- debe considerarse como no sustancial.

Argumentan en tercer lugar, que la motivación de la modificación del precio está justificada por una necesaria actualización de los mismos, puesto que de lo contrario y al tratarse de años distintos *“pues lo que sí supondrían una modificación sustancial de las condiciones iniciales del contrato sería mantener unos precios de licitación desfasados y desactualizados, produciéndose un desfase entre el presupuesto de licitación y el momento de la licitación.”*

Añadiendo por último, razones de extremada urgencia que justifican la elección de dicho procedimiento “la necesidad de tener que recurrir a procedimiento de urgencia para mantener la presentación de estos servicios, que, siendo críticos para la seguridad de las instalaciones que construye y explota la Entidad, y que incluye desde Estaciones de Viajeros hasta infraestructuras ferroviarias, no pueden dejar de prestarse, siendo esta por lo tanto, una causa que por sí misma justificaría la elección de un procedimiento negociado sin publicidad.”

Por su parte, las empresas adjudicatarias que han presentado alegaciones son:

PROSEGUR SOLUCIONES INTEGRALES DE SEGURIDAD ESPAÑA, S.L., considera que no se trata de un modificación sustancial, utilizando como guía interpretativa el artículo 107 del TRLCSP para concluir que si no lo son para la modificación del contrato las inferiores a un 10%, tampoco debe considerarse que un cambio de hasta el 10% en el precio lo sea para la limitación del procedimiento negociado.



EULEN SEGURIDAD, S.A quien impugna la legitimación de la manera ya vista y señala además que está justificada la elección del procedimiento sin que deba considerarse modificación sustancial el incremento del precio al responder, tal y como señala el pliego, a una actualización de los mismos, alegando por último la presunción de legalidad de acto administrativo.

Sexto. Con la respuesta que se dé al informe del órgano de contratación se estará también respondiendo a las alegaciones presentadas por las empresas adjudicatarias, al ser todas sus alegaciones parcialmente coincidentes. La cuestión a debatir será si existe motivación suficiente para acudir a un procedimiento negociado en aplicación del artículo 59 de la LCSE al señalar:

Artículo 59. Procedimiento negociado sin previa convocatoria de licitación.

La entidad contratante podrá utilizar un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa, en los casos siguientes:

a) Cuando, en respuesta a un procedimiento con convocatoria de licitación previa, no se haya presentado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada o ninguna candidatura, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato.

Siendo tal artículo el que se emplea en el PCAP para acudir a la justificación de este procedimiento cuando se señala:

1.2. Justificación del Procedimiento de contratación.

El presente contrato se va a tramitar mediante el procedimiento negociado sin publicidad, en virtud de lo establecido en el artículo 59.a de 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 (ADIF), en cuya virtud podrá acudirse al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa, cuando en respuesta a un procedimiento con convocatoria de licitación previa, no se haya presentado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada o ninguna candidatura, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato.



Así, por ADIF se licitó el expediente 2.17/43760.0013, con el mismo objeto, mediante procedimiento restringido con varios criterios de adjudicación, licitación que ha sido declarada desierta, al no haberse presentado ningún licitador dentro del plazo de recepción de ofertas. En dicho procedimiento se había realizado la selección de los candidatos a los que se solicitó la presentación de la correspondiente oferta en base a los criterios de selección establecidos.

Las modificaciones introducidas en la presente licitación no implican alteración sustancial de las condiciones de licitación del procedimiento desierto, por cuanto que las mismas se han limitado a actualizar al tiempo de la presentación de ofertas los factores que inciden en el coste de la prestación de los servicios objeto del contrato.

De otro lado se invitarán a las empresas seleccionadas en cada uno de los lotes del procedimiento desierto, por cuanto que las mismas han acreditado que ostentan la capacidad y solvencia necesaria para realizar la prestación objeto del presente expediente.

Pues bien, la redacción del límite es clara en la Ley para acudir a un procedimiento negociado, después de haber quedado desierto el restringido por no presentar ofertas las seleccionadas: cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. Debiendo definirse de manera precisa si un cambio en el precio se subsume en una modificación sustancial de las condiciones iniciales del contrato. Al margen del desarrollo que haremos a mayor abundamiento se antoja sencilla la respuesta, que no requería mayor esfuerzo argumentativo: el precio es una condición inicial del contrato, un elemento esencial del mismo y por lo tanto cualquier modificación en el mismo, en una cuantía importante además tal y como señala la reclamación, hace que estemos ante una modificación que deba revestir de la nota de “sustancial” Así, la variación total del precio es de 9,74% llegando incluso en algunos Lotes al 15,72%.

Así, la reclamación recoge y el órgano de contratación no discute, las cuantías de tal modificación:

9,74% de media en el presente caso: casi 4 millones de euros en el presupuesto base de licitación, pasando de 37.4 75.985,11 de euros (en el procedimiento restringido inicial) a 41.127.718,35 de euros (en el posterior procedimiento negociado); y de casi 8 millones de euros en el valor estimado del contrato, pasando de 80.129.562,23 de euros (en el



procedimiento restringido inicial) a 87.931.711,57 de euros (en el posterior procedimiento negociado).

Un incremento que incluso ha sobrepasado el 10% en tres de los seis lotes que conforman el contrato (lote 3 Sur, lote 5 Nordeste y lote 6 Norte), llegando en uno de ellos a más del 15%. Por lo que aun en el supuesto de que estuviese vigente la limitación del 10% de la anterior regulación (que no es el caso, como se ha visto) procedería igualmente la anulación del procedimiento al no concurrir los presupuestos excepcionales habilitantes para dicho procedimiento negociado sin publicidad.

Por lo tanto, parece que siguiendo a la RAE en la definición de sustancial: Perteneciente o relativo a la sustancia o Importante o esencial, el precio es sin duda “sustancia” del contrato y las modificaciones sobre el mismo en los números transcritos deben considerarse importantes por lo que asiste razón a la recurrente sobre la inadecuación del procedimiento negociado sin publicidad.

Séptimo. Analizando el resto de argumentos, se discute mucho sobre la norma a aplicar y la norma que puede servir para interpretar. La norma a aplicar no cabe duda que es la LCSE, pero también hemos de tener en cuenta que 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 ha agotado ya su plazo de trasposición y por lo tanto debemos entender que despliega ya plena eficacia en virtud del principio de aplicabilidad directa, y sin duda además ha de ser traída a colación a los efectos interpretativos en virtud del principio de interpretación conforme, como también debe serlo la Sentencia antes citada sobre la que luego volveremos.

Así, reproducimos a continuación el contenido de la Exposición de Motivos de la mencionada directiva en la que ya podemos ver que impera una interpretación restrictiva de la norma y del procedimiento negociado sin publicidad lo que aconseja la estimación de la reclamación ya anunciada con la interpretación de modificación sustancial de las condiciones del contrato que acabamos de exponer:

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

En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin convocatoria de licitación previa deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables a la entidad adjudicadora, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por la propia entidad adjudicadora con vistas al futuro procedimiento de contratación.

Las entidades adjudicadoras que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen alternativas o elementos sustitutivos razonables, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro de la entidad adjudicadora o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional.

Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.

Por último, un procedimiento de contratación no resulta útil cuando los suministros son adquiridos directamente en un mercado de productos básicos, incluidas las plataformas para productos básicos como los productos agrícolas, las materias primas y los intercambios energéticos, siempre que la estructura comercial multilateral regulada y supervisada garantice de forma natural los precios de mercado.

En el texto normativo se regula en dicha directiva en el artículo 50 el procedimiento negociado sin publicidad, y lo cierto es que nada señala sobre los porcentajes, al disponer:

Artículo 50

Uso de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa

Las entidades adjudicadoras podrán utilizar un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa en los casos siguientes:

a) Cuando, en respuesta a un procedimiento con convocatoria de licitación previa, no se haya presentado ninguna oferta, o ninguna oferta adecuada, o ninguna solicitud de participación, o ninguna solicitud de participación adecuada, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato.

Se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para el contrato, al no poder satisfacer de forma manifiesta, sin cambios sustanciales, las necesidades y requisitos de la entidad adjudicadora especificados en los pliegos de la contratación. Se considerará que una solicitud de participación no es adecuada cuando el operador económico de que se trate vaya a ser excluido o pueda ser excluido en virtud del artículo 78, apartado 1, o del artículo 80, apartado 1, o no cumpla los criterios de selección establecidos por la entidad adjudicadora al amparo de los artículos 78 u 80;

b) Cuando la finalidad del contrato sea únicamente la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo, y no la obtención de una rentabilidad o la recuperación de los costes de investigación y desarrollo, y siempre que la adjudicación de tal contrato se entienda sin perjuicio de la convocatoria de una licitación para los contratos subsiguientes que persigan, en particular, los mismos fines;



En cuanto a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Segunda) de 13 de enero de 2005 en el asunto C-84/03, para mejor claridad expositiva transcribimos a continuación el texto que incide en estos procedimientos:

Sobre el tercer motivo, basado en la circunstancia de que el Texto Refundido prevea el recurso al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las Directivas 93/36 y 93/37

42 La Comisión estima que el Texto Refundido permite el recurso al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las Directivas 93/36 y 93/37: la contratación subsiguiente a procedimientos declarados desiertos y la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes.

Sobre la primera parte del tercer motivo, relativa a la contratación subsiguiente a procedimientos declarados desiertos

Alegaciones de las partes

43 La Comisión considera que, al permitir el aumento del precio base de licitación hasta un 10 % respecto del procedimiento abierto o restringido previo, los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido contravienen las Directivas 93/36 y 93/37, puesto que permiten una modificación sustancial de una de las condiciones originales del contrato: el precio.

La Comisión alega que la enumeración de los supuestos en los que cabe recurrir al procedimiento negociado tiene carácter taxativo. Concluye de ello que la interpretación del concepto de «modificación no sustancial» debe ser restrictiva.

45 El Gobierno español reprocha a la Comisión que no indique qué modificación del precio debe considerarse sustancial y qué aumento no merece tal calificación. Alega que, en aras de la seguridad jurídica, el legislador español transformó el concepto indeterminado de «modificación sustancial de las condiciones originales del contrato» en un concepto cierto.



46 En respuesta a lo anterior, la Comisión sostiene que, en el marco de un recurso por incumplimiento, no está obligada a definir los límites de la infracción ni a indicar las medidas que permitirían eliminar el incumplimiento imputado. Alega asimismo que el objetivo del legislador nacional de precisar los conceptos contenidos en las Directivas no puede dar lugar a que éstas no se apliquen.

Apreciación del Tribunal de Justicia

47 Según se desprende, en particular, del duodécimo considerando de la Directiva 93/36 y del octavo considerando de la Directiva 93/37, el procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo debe aplicarse en los casos taxativamente enumerados. Desde esta perspectiva, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37 enumeran taxativamente los supuestos en los que se puede recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación.

48 Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. 1-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/ Alemania, C-318/94, Rec. p. 1-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.

49 Pues bien, en el presente asunto no puede negarse que, al permitir el recurso al procedimiento negociado cuando el contrato no haya podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 %, los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido dotan precisamente a las citadas disposiciones de las Directivas 93/36 y 93/37 de una condición nueva que debilita tanto el alcance como el

carácter excepcional de aquéllas. En efecto, una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato, como prevén, respectivamente, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37.

50 En tales circunstancias, es necesario señalar que los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido constituyen una adaptación incorrecta del Derecho interno a los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37.

Por lo tanto, parece claro cuál es la posición del TJUE que establece el criterio interpretativo a seguir, las excepciones deben ser objeto de interpretación estricta, y no se deberán incluir supuestos para acceder al procedimiento negociado no incorporados en las directivas ni, a lo que aquí afecta, establecer condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento. Continúa el Tribunal entendiendo que establecer un límite porcentual, el 10%, no puede considerarse como una modificación no sustancial, por lo tanto aun cuando no llegue la modificación a ese 10% parece claro que afecta a las condiciones esenciales del contrato, ergo, afectar el precio en si mismo parece responder a una modificación de las condiciones esenciales del contrato y por ende sustancial. La intención de establecer un porcentaje podía ser loable siguiendo con la argumentación también transcrita de España de establecer unos límites que dotasen de seguridad jurídica a dicho procedimiento pero el Tribunal es claro al señalar que tal límite abre una posibilidad de acceso al negociado sin publicidad no querida en las Directivas Europeas.

Por citar un ejemplo, y sin que sea de aplicación por razón de la materia ni por vigencia temporal, podemos citar la Ley 9/2017 a efectos meramente interpretativos que ya señal de manera expresa que

Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:

1.2 No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite".

El resto de argumentos que da el órgano de contratación deben ser rechazadas. Así, en cuanto a lo relativo al pliego base que establece el 10% como criterio a las modificaciones de contrato, como también alega una de las empresas adjudicatarias, debe ser rechazada, ya que se refiere a cuestión de ejecución de contrato no así de los requisitos de acceso a un negociado sin publicidad. Además, dicha interpretación choca con la sentencia ya citada que excluye de manera terminante los porcentajes para establecer un criterio de acceso. A ello cabe añadir que ni siquiera la redacción literal del pliego base ampara tal interpretación, puesto que en el mismo se dispone para considerarlo modificación sustancial:

d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

Es decir, no se refiere a superar el 10%, sino que expresamente señala en más o en menos el 10%, esto es variaciones tanto al alza como a la baja, por lo que más bien debe interpretarse como variaciones en el precio, llevándonos a concluir una vez más que afectar el precio de un contrato debe reputarse como una afectación a las condiciones esenciales del mismo.

Asimismo, debe rechazarse también la argumentación final en la que se señala que el cambio en el precio responde a una actualización en dichas tarifas. En efecto, el PCAP señala:

1.2. Justificación del Procedimiento de contratación.



El presente contrato se va a tramitar mediante el procedimiento negociado sin publicidad, en virtud de lo establecido en el artículo 59.a de la Ley 3112007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los Sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (ADIF), en cuya virtud podrá acudir al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa, cuando en respuesta a un procedimiento con convocatoria de licitación previa, no se haya presentado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada o ninguna candidatura, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato.

Así, por ADIF se licitó el expediente 2.17/43760.0013, con el mismo objeto, mediante procedimiento restringido con varios criterios de adjudicación, licitación que ha sido declarada desierta, al no haberse presentado ningún licitador dentro del plazo de recepción de ofertas. En dicho procedimiento se había realizado la selección de los candidatos a los que se solicitó la presentación de la correspondiente oferta en base a los criterios de selección establecidos.

Las modificaciones introducidas en la presente licitación no implican alteración sustancial de las condiciones de licitación del procedimiento desierto, por cuanto que las mismas se han limitado a actualizar al tiempo de la presentación de ofertas los factores que inciden en el coste de la prestación de los servicios objeto del contrato.

De otro lado se invitarán a las empresas seleccionadas en cada uno de los lotes del procedimiento desierto, por cuanto que las mismas han acreditado que ostentan la capacidad y solvencia necesaria para realizar la prestación objeto del presente expediente.

Pero tal afirmación de actualización queda vacía de contenido y huérfana de toda actividad probatoria que señale qué factores han sido actualizados y en base a qué índices; no se desarrolla ni se explica cómo se ha procedido a tal actualización, si se ha hecho por el IPC, si se ha tenido en cuenta costas salariales, o cambios en el convenio colectivo que determinen incrementos en los gastos de personal etc... En definitiva, se ha intentado justificar el aumento de casi un 10% en el precio de licitación con una supuesta actualización de precios que no es tal o que desde luego no se nos ha explicado qué factores son los que han de ser actualizados, los criterios de tal actualización y como se



incide en la determinación final del precio. Es más, recordar aquí que la aprobación del gasto y el pliego se produce en octubre de 2017 y el procedimiento restringido anterior del que trae causa se produjo publicidad de los pliegos en 6 de marzo de 2017, por lo que no parece que exista un desfase temporal de tal entidad que determine la necesidad de actualizar las cantidades y, si así fuera, casi un 10% se antoja excesivo para tal lapso de tiempo (casi un 15% en algún lote) sin que se hayan dado, reiteramos, mayores explicaciones que su mera enunciación.

Por último, una final alegación sobre la urgencia que motivaría la tramitación de un negociado sin publicidad no debe ser aceptada, ya que tampoco se ha justificado lo más mínimo y no sirvió de motivación a la elección de tal procedimiento, sin que pueda modificarse a libre decisión del órgano de contratación la determinación de los requisitos para acceder a este procedimiento que, recordamos, debe ser siempre considerado como excepcional.

Por lo expuesto, no existe motivación alguna que permita acudir a un procedimiento negociado sin publicidad, ya que no se cumplen los presupuestos del artículo 59.a) LCSE al haberse modificado sustancialmente las condiciones del anterior contrato del que traía causa, al haber sufrido el precio un incremento del 9,74% en total, llegando incluso en algunos lotes al 15,72 %.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar la reclamación interpuesta D.C.A.F.F., en nombre y representación de ILUNION SEGURIDAD, S.A. contra la adjudicación y de contrato en el procedimiento de contratación para la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad para el período 2018 (6 lotes) tramitado por ADIF mediante procedimiento negociado sin publicidad, bajo el número de expediente 2.17/43760.0045, anulando el procedimiento de contratación.

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento.



Tercero. 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.

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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.