



Recurso nº 1509/2024

Resolución nº 38/2025

Sección 2ª

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

En Madrid, a 15 de enero de 2025.

VISTO el recurso interpuesto por D. I.E.J., en representación de SISTEMAS Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A., contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento para la adjudicación del contrato de *“mantenimiento de los sistemas de control de accesos, intrusión y CCTV en dependencias de la Dirección Regional Este”*, tramitado por la Dirección Regional de Navegación Aérea – Región Este de ENAIRE, con expediente referencia BAC 112/2014, este Tribunal, en la fecha de referencia, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección Regional de Navegación Aérea – Región Este de ENAIRE ha tramitado el procedimiento para la adjudicación del contrato antes nominado. El valor estimado del contrato es de 344.713,75 euros.

Segundo. El anuncio de licitación del citado procedimiento se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 16 de junio de 2024.

Tercero. Con fecha de 4 de julio de 2024, el órgano de contratación corrigió el pliego de cláusulas particulares (en adelante, PCP) a fin de incluir en el apartado I del cuadro de características tres criterios de exclusión. En particular, tras dicha rectificación del pliego, el apartado I del cuadro de características del PCP exigía a los licitadores disponer, so pena de exclusión, del *“Nivel Medio del ESN tal como establece el RD 311/2022”* (criterio de exclusión 2).



Cuarto. En el plazo de presentación de ofertas, fueron dos los licitadores que concurrieron al procedimiento, la recurrente, SISTEMAS Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A., e INNOVACIÓN GLOBAL DE SEGURIDAD, S.A.

Quinto. Constituida la mesa de contratación con fecha de 17 de septiembre de 2024, resolvió admitir a los dos licitadores presentados y procedió a la apertura de las proposiciones económicas, *“a la vista del informe técnico elaborado por el equipo evaluador”*.

Sexto. Con fecha de 18 de septiembre de 2024, la mercantil recurrente, SISTEMAS Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A., remitió una comunicación en la que solicitaba la revisión del informe técnico sobre la base del cual habían sido admitidos los dos licitadores presentados. En concreto, la mercantil recurrente sostenía que el otro licitador, INNOVACIÓN GLOBAL DE SEGURIDAD, S.A., no cumplía con lo dispuesto en el criterio de exclusión 2, fijado en el PCP.

Séptimo. Examinada tal comunicación por el equipo evaluador, éste detectó, efectivamente, un error en la valoración de los criterios de exclusión, por no disponer INNOVACIÓN GLOBAL DE SEGURIDAD, S.A. del Nivel Medio del Esquema Nacional de Seguridad. Asimismo, el equipo evaluador entendió, tras la mencionada revisión, que el requerimiento del certificado del Esquema Nacional de Seguridad resultaba improcedente. A la vista de dicha revisión, con fecha de 16 de octubre de 2024, la unidad proponente solicitó el desistimiento del proceso de licitación, por ser excesivos y desproporcionados los criterios de exclusión.

Octavo. Con fecha de 18 de octubre de 2024, la mesa de contratación propuso el desistimiento del expediente al amparo del artículo 152 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), invocando a tal fin *“la existencia de errores no subsanables en el procedimiento de preparación y tramitación del contrato”*.

Noveno. La Dirección Regional de Navegación Aérea – Región Este acordó, con fecha de 21 de octubre de 2024, desistir del procedimiento de licitación iniciado.



Décimo. Con fecha de 7 de noviembre de 2024, la mercantil SISTEMAS Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación, en el que sostiene, en primer lugar, que el acuerdo de desistimiento carece de motivación y vulnera, en consecuencia, lo dispuesto en artículo 152.4 de la LCSP y en el artículo 35.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común; y, en segundo término, afirma que no existe defecto no subsanable que justifique el desistimiento del procedimiento de licitación. En concreto, la recurrente insiste en que el órgano de contratación modificó expresamente los pliegos con objeto de recoger los criterios que ahora rechaza, sostiene que tales requisitos resultan, además, conformes con la normativa legal, y destaca que la mercantil adjudicataria tuvo ocasión de solicitar aclaraciones al contenido de los pliegos. Finalmente, la recurrente denuncia que el desistimiento fue acordado por un órgano incompetente y, con carácter subsidiario, solicita que se reembolsen los gastos incurridos en la preparación de la oferta.

Undécimo. La Secretaria General de ENAIRE ha emitido, con fecha de 14 de noviembre de 2024, informe en el que solicita la desestimación del recurso interpuesto. Sostiene, en síntesis, que el certificado del Esquema Nacional de Seguridad, en su nivel medio, resulta innecesario en este caso, y que, en consecuencia, el criterio de exclusión resulta desproporcionado e incongruente. Añade, además, que el hecho de configurarlo como un criterio de exclusión, y no como un elemento susceptible de valoración, determina decisivamente la licitación, limitando de forma improcedente la concurrencia, lo que, a su juicio, *“interfiere inequívocamente en la consecución del fin principal de la licitación que es la adjudicación del contrato en base a la mejor relación calidad-precio, tal y como establece el artículo 145.1 LCSP”*.

El informe concluye señalando que la defectuosa redacción de los pliegos es un defecto insubsanable que justifica el desistimiento del expediente de contratación, no siendo, además, factible, según afirma, retrotraer el procedimiento a una fase anterior a la adjudicación. En apoyo de su tesis, acude también a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 825/2020, de 10 de marzo, y cita igualmente la Resolución 606/2017, de 7 de julio, de este Tribunal.



En último lugar, rebate el argumento de la falta de motivación y explica que la publicación anticipada del acta de la mesa de contratación (que, a juicio del recurrente, demostraría que el acuerdo fue adoptado por un órgano incompetente), respondió a un error material sin trascendencia.

Duodécimo. Con fecha de 21 de noviembre de 2024, la mercantil INNOVACIÓN GLOBAL DE SEGURIDAD, S.A. ha presentado alegaciones en las que solicita la desestimación del recurso especial en materia de contratación interpuesto. La mercantil critica los cambios de criterio del órgano de contratación (el cual, como se ha visto, rectificó los pliegos originales para incluir nuevos criterios de exclusión) y destaca que su proposición fue admitida tras el análisis inicial de la documentación técnica y de los criterios de exclusión.

A su juicio, la solución propuesta por la mesa de contratación, y acogida por el órgano de contratación, de desistir del procedimiento de licitación, resulta conforme a Derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación que se dicten en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles que establece el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. El acto recurrido es el acuerdo de desistimiento que pone fin al procedimiento de adjudicación. Se trata de un acto de trámite cualificado que determina la imposibilidad de continuar con tal procedimiento, dictado, además, en el marco de un acuerdo de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. En consecuencia, y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 2.b) de la LCSP, el acto es recurrible.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada para ello, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, por tratarse de una mercantil que, de estimarse el recurso, podría



resultar adjudicataria del contrato y que, en consecuencia, ve afectados sus derechos e interés legítimos.

Quinto. La cuestión sustantiva objeto del recurso especial aquí planteado consiste en determinar si el desistimiento acordado por el órgano de contratación resulta o no ajustado a Derecho por concurrir un error insubsanable, en los términos exigidos por el artículo 152.4 de la LCSP. El mencionado precepto exige, en concreto, que el desistimiento se funde en *“una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa”*.

Este Tribunal ha tenido ocasión de destacar, en anteriores resoluciones, que el desistimiento, a diferencia de la renuncia, es un acto reglado fundado en motivos de legalidad. En concreto, en la Resolución n.º 1371/2019, de 25 de noviembre, decíamos:

“En relación con el desistimiento este Tribunal ha señalado (Resolución 323/2016, de 29 de abril) que: ‘se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurren los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato’”.

Y de forma similar, en la Resolución 40/2019, de 24 de enero, dijimos:

“Pues bien: el desistimiento, regulado en el artículo 152 de la LCSP, a diferencia de la renuncia, no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello exige la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación, y por ello el desistimiento,



a diferencia de la renuncia, no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto”.

En la misma sintonía, las Resoluciones 1039/2023, de 3 de agosto, y 797/2023, de 15 de junio, entre otras muchas.

En el presente caso, tanto la mesa de contratación como el órgano de contratación aluden a la *“existencia de errores no subsanables en el procedimiento de preparación y tramitación del contrato”*, para lo cual se apoyan en la justificación de la unidad proponente. Tal unidad, por su parte, sostiene que se ha *“constatado un error insubsanable en el Pliego de Condiciones Particulares consistente en que las acreditaciones requeridas en los Criterios de Exclusión no eran congruentes con el objeto u finalidad de dicho contrato al ser asignadas con errores de interpretación y no estar determinadas con precisión, pudiéndose incurrir en una posible limitación de la concurrencia (...)”* Es, sin embargo, en el informe elaborado para responder al recurso especial en materia de contratación interpuesto donde se desarrolla en detalle cuál es el error subsanable y, concretamente, se alude a la *“necesidad imperativa de contar con el certificado ENS nivel medio, cuando en el presente expediente no es necesario, ya que no está prevista durante la ejecución del contrato la comunicación a terceros de datos personales de empleados de Enaire”*.

Procede, en consecuencia, examinar si el requisito concernido resulta, efectivamente, improcedente y, particularmente, si tal improcedencia podría justificar el desistimiento del procedimiento de licitación en cuestión.

Sexto. La normativa reguladora de las medidas de seguridad en el ámbito del sector público aparece presidida por lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que establece:

“Disposición adicional primera. Medidas de seguridad en el ámbito del sector público.

1. El Esquema Nacional de Seguridad incluirá las medidas que deban implantarse en caso de tratamiento de datos personales para evitar su pérdida, alteración o acceso no



autorizado, adaptando los criterios de determinación del riesgo en el tratamiento de los datos a lo establecido en el artículo 32 del Reglamento (UE) 2016/679.

2. Los responsables enumerados en el artículo 77.1 de esta ley orgánica deberán aplicar a los tratamientos de datos personales las medidas de seguridad que correspondan de las previstas en el Esquema Nacional de Seguridad, así como impulsar un grado de implementación de medidas equivalentes en las empresas o fundaciones vinculadas a los mismos sujetas al Derecho privado.

En los casos en los que un tercero preste un servicio en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato, las medidas de seguridad se corresponderán con las de la Administración pública de origen y se ajustarán al Esquema Nacional de Seguridad"
(énfasis añadido).

Del mencionado Esquema Nacional de Seguridad, por su parte, se ocupa el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, cuyo artículo 2.3 indica:

"Artículo 2. Ámbito de aplicación.

(...)

Este real decreto también se aplica a los sistemas de información de las entidades del sector privado, incluida la obligación de contar con la política de seguridad a que se refiere el artículo 12, cuando, de acuerdo con la normativa aplicable y en virtud de una relación contractual, presten servicios o provean soluciones a las entidades del sector público para el ejercicio por estas de sus competencias y potestades administrativas.

La política de seguridad a que se refiere el artículo 12 será aprobada en el caso de estas entidades por el órgano que ostente las máximas competencias ejecutivas.

Los pliegos de prescripciones administrativas o técnicas de los contratos que celebren las entidades del sector público incluidas en el ámbito de aplicación de este real decreto contemplarán todos aquellos requisitos necesarios para asegurar la conformidad con el

ENS de los sistemas de información en los que se sustenten los servicios prestados por los contratistas, tales como la presentación de las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad con el ENS.

Esta cautela se extenderá también a la cadena de suministro de dichos contratistas, en la medida que sea necesario y de acuerdo con los resultados del correspondiente análisis de riesgos” (énfasis añadido).

Y, en particular, respecto del *Nivel MEDIO*, señala el apartado tercero del Anexo I del mencionado Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo:

“3. Determinación del nivel de seguridad requerido en una dimensión de seguridad

(...)

b) Nivel MEDIO. Se aplicará cuando las consecuencias de un incidente de seguridad que afecte a alguna de las dimensiones de seguridad supongan un perjuicio grave sobre las funciones de la organización, sobre sus activos o sobre los individuos afectados.

Se entenderá por perjuicio grave:

1.º La reducción significativa de la capacidad de la organización para desarrollar eficazmente sus funciones y competencias, aunque estas sigan desempeñándose.

2.º Causar un daño significativo en los activos de la organización.

3.º El incumplimiento material de alguna ley o regulación, o el incumplimiento formal que no tenga carácter de subsanable.

4.º Causar un perjuicio significativo a algún individuo, de difícil reparación.

5.º Otros de naturaleza análoga.



Cuando un sistema de información trate diferentes informaciones y preste diferentes servicios, el nivel de seguridad del sistema en cada dimensión será el mayor de los establecidos para cada información y cada servicio.

4. Determinación de la categoría de seguridad de un sistema de información

1. Se definen tres categorías de seguridad: BÁSICA, MEDIA y ALTA.

(...)

b) Un sistema de información será de categoría MEDIA si alguna de sus dimensiones de seguridad alcanza el nivel de seguridad MEDIO, y ninguna alcanza un nivel de seguridad superior”.

En este caso, y según se ha visto, el órgano de contratación ha tratado de justificar el error que motivaría el desistimiento indicando que el nivel de seguridad exigido resulta excesivo, por cuanto el servicio contratado no afecta a *“la prestación de servicios competenciales de navegación aérea, ni se realizan tratamiento de datos ni gestiona información clasificada”*. Añade, además, que en la medida en que tal nivel de seguridad sería innecesario, requerir tal requisito implicaría una limitación indebida de la concurrencia.

Lo cierto, sin embargo, es que, más allá de la referencia apuntada, el expediente de contratación no incorpora un razonamiento que demuestre que el requerimiento inicial era irrazonable o arbitrario, y que, en consecuencia, procede el dictado del acto reglado que es el desistimiento. En realidad, del análisis del expediente se infiere que el desistimiento responde aquí a un cambio en la valoración del órgano de contratación, el cual, corrigiendo su criterio inicial, estima ahora que resulta conveniente asociar otro nivel de seguridad al servicio cuya contratación se pretende. Y, evidentemente, esta distinta apreciación no podría, por sí misma, justificar el desistimiento, salvo en aquellos supuestos en los que se demostrara que la valoración inicial había sido irrazonable o arbitraria.

Como se ha explicado, la versión inicial de los pliegos no contenía ninguna mención expresa al Esquema Nacional de Seguridad. Esta versión inicial, sin embargo, fue expresamente rectificada por el órgano de contratación, quien pasó después a incluir un



nuevo criterio de exclusión, relativo a la necesidad de disponer del Nivel Medio del Esquema Nacional de Seguridad (página 6/76 del documento 7 del expediente administrativo) y a publicar tal rectificación en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha de 16 de junio de 2024 (documento 9 del expediente administrativo).

Además, el recurrente explica que, formulada una consulta al respecto, el órgano de contratación aclaró, con fecha de 26 de junio de 2024, que pliego estaba *“realizado con anterioridad al 3 de mayo de 2024 y tenía en cuenta la eventualidad de que no todos los licitadores lo hubieran obtenido o estuvieran en vías de lograrlo. Por las fechas que estamos es condición obligatoria disponer de Nivel Medio del ESN tal como establece el RD 311/2022. Este certificado se deberá incluir en la Carpeta 4 de la documentación técnica. No se considerará mejora”* (página 10/16 del recurso). Y, de igual forma, del Informe de evaluación técnica de las ofertas presentadas de 10 de septiembre de 2024, resulta que los técnicos incluyeron, en su análisis, el cumplimiento de lo dispuesto por el pliego en materia de criterios de exclusión, sin formular reparo alguno, en tal momento, a los requisitos impuestos en el proceso de licitación (página 3/16 del doc. 11 del expediente administrativo).

Es obvio, por lo tanto, que la exigencia impuesta en materia del Esquema Nacional de Seguridad respondió a una decisión consciente del órgano de contratación, que estimó que la prestación del servicio exigía aplicar el Nivel Medio del Esquema Nacional de Seguridad Nacional, y a cuyo fin modificó los pliegos.

Evidentemente, la determinación del nivel de seguridad requerido en una dimensión de seguridad es un ámbito que aparece presidido por la discrecionalidad técnica y que implica el reconocimiento, al órgano de contratación, de un notable margen de apreciación para determinar cuándo concurren (y cuándo no) las circunstancias que la normativa reguladora anuda a dicho nivel. Ahora bien, lo que no resulta admisible es que el órgano de contratación haga uso de tal margen de apreciación al elaborar los pliegos para determinar que procede la aplicación del *nivel medio* y que, posteriormente, en uso de ese mismo margen, proceda a corregir su decisión inicial aduciendo un error.



Cabría, desde luego, desistir del expediente, si del mismo resultara que la aplicación del *nivel medio* ha resultado arbitraria, pero, en el presente caso, no se observa que concurra tal supuesto. En estas circunstancias, por el contrario, el órgano de contratación debe atenerse a lo dispuesto en los pliegos rectores del procedimiento, que constituyen, conforme a una doctrina reiterada, la ley del contrato (y los cuales, además, no han resultado impugnados).

En consecuencia, procede la estimación del recurso y la retroacción de las actuaciones al momento anterior al desistimiento.

Séptimo. La estimación del motivo anterior hace innecesario el examen del resto de cuestiones formuladas por el recurrente y, particularmente, lo alegado con respecto a la falta de competencia del órgano que adoptó el acuerdo de desistimiento y lo invocado, con carácter subsidiario, respecto de la indemnización. En todo caso, conviene destacar que no asiste la razón el recurrente cuando afirma que ha tenido lugar una “*clara desviación de poder*”, por haberse dictado el acto impugnado por un órgano supuestamente incompetente.

Al contrario, el informe del órgano de contratación explica perfectamente que la publicación prematura del acuerdo respondió a un fallo interno y que, en todo caso, el error fue subsanado después, de forma que, con posterioridad, el desistimiento fue efectivamente acordado por el órgano de contratación (competente a tal fin), con arreglo a los requisitos legales pertinentes.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Único. Estimar el recurso interpuesto por D. I.E.J., en representación de SISTEMAS Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A., contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento para la adjudicación del contrato de “*mantenimiento de los sistemas de control de accesos, intrusión y CCTV en dependencias de la Dirección Regional Este*”, tramitado por la



Dirección Regional de Navegación Aérea – Región Este de ENAIRE, con expediente referencia BAC 112/2014, acordando, en consecuencia, la anulación del acuerdo impugnado y la retroacción del procedimiento al momento anterior a su adopción.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra ella 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 lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES