



Recurso nº 618/2020

Resolución nº 851/2020

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 24 de julio de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. I. J. A. M., en representación de la mercantil XPERIENCIA VIRTUAL S.L. contra la Resolución de fecha 12 de junio de 2020, dictada por la Dirección General de la S.M.E. del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España M.P., S.A. (INCIBE) en el que se dispone la renuncia a la celebración del contrato del exp. 044/19, *“Desarrollo de experiencias de realidad virtual para concienciación y dinamización en eventos de ciberseguridad”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 1 de agosto de 2019 se aprueban los pliegos del exp. 044/19 promovido por INCIBE cuyo objeto es la contratación de los siguientes servicios: *«Diseño, producción, adquisición, gestión y despliegue de dos espacios de experiencias de realidad virtual para INCIBE. Uno de ellos estará ubicado de forma permanente en INCIBE (en adelante el cómer fijo RV) y el otro estará presente en diversos eventos y ubicaciones del territorio nacional (en adelante el cómer itinerante RV). En estos espacios, se podrá disfrutar de diferentes experiencias de realidad virtual dependiendo de su público objetivo; ciudadanos, familias (menores, padres y madres), empresas y profesionales. Estas experiencias estarán orientadas a la concienciación en ciberseguridad y el uso seguro y responsable de Internet»*. Con un valor estimado de 187.879 euros.

El 2 de agosto de 2019 se publican los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) y el 5 de agosto la memoria inicial justificativa.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP),

en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto 817/2009) y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. El 27 de febrero de 2020 se acuerda la adjudicación del contrato a XPERIENCIA VIRTUAL, S.L., habiendo presentado previamente en tiempo y forma la documentación a que hace referencia el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por haber propuesto la oferta mejor puntuada una vez aplicados los criterios de calidad-precio previstos en el Pliego de Características Generales

Cuarto. El 28 de febrero de 2020 se anuncia a través de la PCSP la adjudicación referida en el anterior antecedente y se comunica a los interesados tanto a través de la propia Plataforma como por correo electrónico. Ello dio lugar al inicio del plazo al que hace referencia el apartado 3 del artículo 153 de la LCSP.

Quinto. Dentro del plazo de quince días hábiles establecido por medio del apartado 3 del artículo 153.3 de la LCSP tuvo lugar la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Esta norma en el apartado primero de su Disposición adicional tercera estableció la suspensión de los plazos administrativos:

«Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo».

El 23 de mayo de 2020 entró en vigor el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en cuyo artículo 9 se establece la reanudación de los plazos administrativos en general:

«Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas».

Sexto. Ante la reanudación de los plazos y en relación con la formalización del contrato del expediente 044/19, unido a la situación de hecho creada por el COVID-19, esta Sociedad ha analizado la viabilidad de la celebración del contrato, acordando mediante resolución del órgano de contratación el 12 de junio de 2020 lo siguiente:

«1º.- La renuncia a la celebración del contrato del exp. 044/19 Desarrollo de experiencias de realidad virtual para concienciación y dinamización en eventos de ciberseguridad.

2º.- Se proceda con carácter inmediato a la devolución a XPERIENCIA VIRTUAL, S.L. de la garantía definitiva constituida por su parte (SEIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA Y CINCO CÉNTIMOS).

3º.- Notifíquese el presente acto contra el que cabe la interposición de los recursos previstos en la Ley.

4º.- Publíquese el contenido de la presente resolución en la Plataforma de Contratación del Sector Público».

Dicha resolución fue notificada el 15 de junio de 2020.

Séptimo. El 6 de julio de 2020, por la propuesta como adjudicataria se presenta recurso contra la meritada Resolución de fecha 12 de junio de 2020.

Octavo. Con fecha 14 de julio de 2020 se da traslado del recurso a los demás interesados a fin de que en el plazo de cinco días formulen las alegaciones que a su derecho estimen oportunos, no habiendo evacuado dicho trámite ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 LCSP.

Segundo. El contrato al que se refiere el acto impugnado es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, supera el umbral cuantitativo previsto en el art. 44.1.a de la LCSP. El acto ha de entenderse que es recurrible de acuerdo con el art. 44.2.b de la LCSP, al suponer la terminación del procedimiento, y ello de conformidad con la doctrina de este Tribunal sobre la renuncia a la licitación que se citará más adelante.

Tercero. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1.c) LCSP.

Cuarto. Con relación a la legitimación, el recurrente está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, al haber concurrido a la licitación.

Quinto. Entrando ya al fondo del asunto, la parte recurrente impugna la resolución de renunciar a la celebración del contrato licitado sobre la base de tres alegaciones, a saber:

-Nulidad de la notificación de la citada resolución derivada de la falta de expresión de los recursos que contra ella cabría interponer;

-Disconformidad a derecho de la resolución de renuncia por la falta de certeza de los argumentos empleados para la renuncia y,

-En su caso, derecho a la indemnización ex artículo 211.g) de la LCSP.

Por su parte el órgano de contratación se opone a las alegaciones formuladas.

Sexto. Comenzando por la primera de las alegaciones, la mercantil recurrente tras exponer el apartado 1 y 2 del artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, afirma que *«considerando que la falta de expresión de los recursos, al limitarse a indicar que se pueden interponer los recursos previstos en la Ley podría suponer la nulidad de pleno derecho de la notificación»*. Pretensión que no puede ser acogida.

En efecto, obvia deliberadamente el actor que el propio artículo 40 de la Ley 39/2015 aclara los efectos que producen las notificaciones defectuosas. Así el apartado 3 y 4 del citado precepto establece que:

«3. Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado».

Puede comprobarse como el artículo 40 Ley 39/2015 no sanciona con la nulidad la notificación defectuosa sino que expresamente recoge que «será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado» y que, en caso de omisión de algún requisito la notificación surtirá efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución.

La recurrente fue debidamente notificada por la Plataforma de Contratación del Estado el día 15 de junio de 2020 a las 11:46 y consta en la plataforma que la notificación fue leída ese mismo día, habiendo la recurrente interpuesto el oportuno recurso en tiempo y forma por lo que la notificación surtió sus efectos.

Séptimo. En segundo lugar, considera XPERIENCIA VIRTUAL, S.L. que este Tribunal puede comprobar en el expediente la realidad de las alegaciones por ella expuestas, y las conjeturas, no certezas del dictamen de la renuncia, y, en consecuencia, la disconformidad a derecho del acuerdo recurrido.

Pues bien, debe comenzarse centrando el debate sobre el hecho de que el acto recurrido es la renuncia a la celebración del contrato, regulado en el actual art. 152 de la LCSP (que lo denomina «*decisión de no adjudicar o celebrar*») de forma sustancialmente idéntica que en el anterior art. 155 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Así establece que:

«1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el “Diario Oficial de la Unión Europea”.

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión. (...)».

Por tanto, para poder renunciar a la celebración de un contrato es preciso el cumplimiento de una serie de requisitos: i) notificación a los candidatos o licitadores e información a la Comisión Europea; ii) que la renuncia se acuerde antes de la formalización del contrato y iii) que se fundamente en razones de interés público debidamente justificadas en el expediente.

De los requisitos mencionados, el recurrente argumenta básicamente sobre el tercero, pues alega, en esencia, que no existe motivo de interés público para renunciar a la celebración del contrato. Nada dice la recurrente sobre el segundo requisito, ni podría, pues es incontrovertible que el contrato no se había formalizado al acordarse la renuncia. Tampoco alega sobre el primer requisito, y también parecería difícil, pues consta en el expediente la notificación a los licitadores de la renuncia a la formalización del contrato.

Queda así reducida la parte sustancial del recurso en la alegación de que no existe motivo de interés público para renunciar a la celebración del contrato, que abordamos a continuación.

Para abordar esta cuestión hemos de tener presente el objeto del contrato en cuestión: *«Diseño, producción, adquisición, gestión y despliegue de dos espacios de experiencias de realidad virtual para INCIBE. Uno de ellos estará ubicado de forma permanente en INCIBE (en adelante el córner fijo RV) y el otro estará presente en diversos eventos y ubicaciones del territorio nacional (en adelante el córner itinerante RV). En estos espacios, se podrá disfrutar de diferentes experiencias de realidad virtual dependiendo de su público objetivo; ciudadanos, familias (menores, padres y madres), empresas y profesionales. Estas experiencias estarán orientadas a la concienciación en ciberseguridad y el uso seguro y responsable de Internet».*

Además, en la memoria se señalaba que:

«Los canales principales de concienciación de OSI, IS4K y Protege tu Empresa son los canales online: web, redes sociales, y soporte telefónico, si bien, es también necesario llegar a los ciudadanos a través del contacto directo, mediante la concienciación con nuevos tipos de recursos atractivos y a través de los cuales percibir sus necesidades reales y sus inquietudes, de cara a proporcionar la mejor información y servicios.

Es por ello que los servicios de formación y concienciación realizados por INCIBE a través de canales online deben ser reforzados por actuaciones de formación y concienciación presenciales de alto impacto y novedosas que complementen a las más tradicionales en jornadas en centros educativos, presencia en eventos masivos orientados a ciudadanos, menores y familias, empresas y profesionales, así como presencia en lugares públicos de gran afluencia.

Por este motivo, se desea reforzar de forma importante las actuaciones presenciales de concienciación y formación en diversos puntos de la geografía española, a través de un córner itinerante y otro establecido en la sede de INCIBE donde poder disfrutar de experiencias de realidad virtual de alto impacto en cuanto a concienciación.

Por tanto, el contrato tiene como objetivo tener contacto directo con el ciudadano reforzando de forma importante las actuaciones presenciales de concienciación y formación en diversos puntos de la geografía española, a través de un córner itinerante que tenga presencia en eventos masivos orientados a ciudadanos, menores y familias y

otro establecido en la sede de INCIBE donde poder disfrutar de experiencias de realidad virtual de alto impacto en cuanto a concienciación».

Teniendo presente lo anterior, el acuerdo recurrido fundamenta la renuncia, en síntesis, en que:

«- Que desde el 14 de marzo de 2020 se encuentra en vigor el estado de alarma con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19.

- Que la finalidad principal del contrato 044/19 es la concienciación y formación presencial en eventos masivos y lugares públicos de gran afluencia.

- Que la formación y concienciación presencial prevista en el objeto del contrato se realizaría mediante el uso de dispositivos de RV (gafas RV) a compartir por el público objetivo en general.

- El desconocimiento e incertidumbre que existe en la actualidad tanto respecto de la celebración de actos masivos en general como de la utilización con garantías de los materiales objetos del contrato relacionado con el expediente 044/19».

Pues bien , a la vista de lo anterior podemos afirmar que en este caso, el órgano de contratación esgrime una causa razonable, cual es, que *«tras el comienzo de la crisis sanitaria (14/03/2020), el establecimiento del Estado de Alarma, y posterior levantamiento, desde el Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE) no se ha celebrado ningún evento presencial de los que desde la Entidad, se llevan a cabo entre los diferentes públicos con motivo de acción formativa, divulgativa o de concienciación. La cancelación de estas actuaciones se fundamenta en la responsabilidad por parte de la Entidad a no favorecer situaciones que puedan agravar la crisis sanitaria, o poner en riesgo la salud del público objetivo, o de los trabajadores que en los eventos intervienen. En la actualidad, TODAS las colaboraciones que se solicitan a INCIBE, se llevan a cabo de manera virtual o telemática, y no solo por iniciativa de la Entidad, sino también a solicitud de las organizaciones que hacen peticiones en este sentido. Es importante indicar, además, que ninguna entidad ha solicitado a INCIBE, al menos de momento, la participación presencial en eventos ofreciendo alternativas más seguras en relación a la situación sanitaria actual.*

Mencionar que las acciones articuladas desde INCIBE están dirigidas a personas de diferentes grupos de edad concentrando en un gran volumen, aquellas destinadas a público infantil y preadolescente (que, en su mayor parte, cursan la enfermedad de forma asintomática, siendo vectores relevantes de transmisión).

(...)

La actual situación sanitaria, así como la responsabilidad de las organizaciones y empresas frente a posibles brotes de la enfermedad, apelan en base a las solicitudes que la Entidad ha recibido y recibe, a la celebración de eventos de manera virtual sin conocer la fecha exacta para volver a una modalidad presencial. Destacar que también es desconocida la evolución de la enfermedad en los próximos meses de otoño e invierno que podrían reforzar aún más, el que INCIBE realice sus actuaciones de manera telemática. Ello no obsta, a la existencia de un consenso mayoritario en la comunidad científica, en cuanto a que la posible vacuna aún tardara, al menos un año en estar disponible, y que es previsible un recrudecimiento de la enfermedad con la llegada del otoño/invierno al tratarse de un virus de la familia gripal.

Esta situación de pandemia ha determinado que la situación contractual haya cambiado sustancialmente y no se den las condiciones óptimas para la ejecución del contrato que nos ocupa en los términos en las que se elaboraron los pliegos en un momento que no se previa ni podía prever tal crisis sanitaria».

Además, las alegaciones del recurrente se limitan únicamente a cuestionar la realidad de los argumentos en los que se basa la renuncia, pero no explicita ni rebate los mismos. Menos aún niega la realidad de la pandemia ocasionada por la COVID-19 ni su incidencia en la ejecución del contrato.

Además, como se expone en el informe evacuado con ocasión del presente recurso:

«La crisis sanitaria originada por el COVID-19 ha cambiado el panorama lo que determina la inviabilidad del contrato por los siguientes motivos recogidos en la resolución de renuncia:

En primer lugar, las autoridades sanitarias están recomendando que no se realicen eventos ni actividades presenciales masivas ni en lugares públicos de gran afluencia. En consecuencia, si bien es cierto que no se ha prohibido la celebración de eventos con medidas de seguridad también es cierto que no se está permitiendo realizar eventos masivos y con gran afluencia y una de las restricciones es el control del aforo.

El órgano de contratación ha aplicado el principio de prudencia a la vista de las certezas actuales que evidencian que en la situación actual de restricciones se espera que no tengan lugar eventos masivos y por tanto no sea viable cumplir el contrato.

En conclusión, el control del COVID-19 exige la implantación en los eventos de medidas tendentes al distanciamiento social y no aglomeración de personas que es incompatible con la exigencia del pliego de eventos masivos y de gran afluencia.

En segundo lugar, la formación y concienciación presencial prevista en el objeto del contrato se realizaría mediante el uso de dispositivos de RV (gafas RV) a compartir por el público objetivo en general.

Las normas que actualmente se están dictando en materia de seguridad sanitaria establecen que se procurará que los equipos o herramientas empleados sean personales e intransferibles, o que las partes en contacto directo con el cuerpo de la persona dispongan de elementos sustituibles.

Nuevamente, el principio de prudencia determinó que este órgano de contratación decidiera renunciar al contrato; no es recomendable la utilización compartida del material objeto del contrato entre el público objetivo cuando la “no compartición de material”, es una de las claves de contención de la pandemia junto el distanciamiento social antes evaluado.

Es una responsabilidad social evitar el uso compartido de elementos y es un deber de las instituciones públicas dar ejemplo y favorecer las condiciones para evitar este tipo de situaciones. No es prudente generar un riesgo innecesario y para aminorar el impacto implantar medidas de seguridad.

En consecuencia, es inapropiada la firma de un contrato que debe ejecutarse en territorio nacional, que no solo genera concentraciones importantes de personas, tanto adultos como niños, sino que también promueve la compartición de gafas RV mientras España siga en alerta sanitaria.

La recurrente alega la posibilidad de implantar protocolos de seguridad; si bien es cierto que se está admitiendo un uso compartido con la implantación de mecanismos como es la desinfección después de cada uso para garantizar la higienización no es menos cierto en este caso el órgano de contratación no tiene la urgencia de cubrir la necesidad objeto del contrato y asumir un riesgo sanitario para la población, así como de tener que tomar medidas de sanitarias para llevar a cabo el contrato.

(...)

En suma, puede decirse que la actual situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 unido a las recomendaciones, de distanciamiento social, evitación de aglomeraciones... que desde las autoridades sanitarias se han dado para evitar su propagación hacen que pueda afirmarse sin dificultad que queda acreditado y justificado que el órgano de contratación ha cumplido con los requisitos legales del artículo 152 de la LCSP en su decisión de no formalizar el contrato.

Y es que, en esas condiciones, ha de estimarse que la decisión de renunciar a la celebración del contrato tomada en este caso es suficientemente razonable y no arbitraria como para hallarse dentro del ámbito de discrecionalidad de que goza el órgano de contratación.

De todo lo anterior se sigue, en suma, que la decisión de renunciar a la celebración del contrato aprecia la existencia de un interés público en la renuncia de manera válida dentro de su margen de discrecionalidad y no puede tacharse de arbitraria, irrazonable ni discriminatoria, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

Octavo. Finalmente, la actora alega que, al entenderse adjudicatario del contrato, ha realizado la compra de los visores de realidad virtual solicitados en el pliego y ha comenzado con el diseño del software a tal fin de poder cumplir con los plazos marcados en el pliego y no perjudicar al organismo por roturas de stock del proveedor de hardware.

Y, por ello, defiende que en base con lo dispuesto en el artículo 213.4 de la Ley de Contratos para el Sector Público, referente a los efectos de la resolución de los contratos administrativos, cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 211, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205.

En primer lugar, yerra el recurrente en su planteamiento para reclamar una indemnización y ello, en primer lugar, porque la indemnización que invoca prevista en el artículo 213 en relación con el artículo 211 de la LCSP lo es para el caso de la resolución del contrato, prevista dicha resolución no como renuncia a la celebración del contrato sino como forma de extinción de un contrato celebrado y ejecutado (artículo 209 LCSP). Por tanto, no es dable al presente caso la indemnización prevista en los citados artículos.

En segundo lugar, porque a lo sumo tendría derecho a la compensación que no indemnización de los gastos en que hubiere incurrido en la forma que se hubiera previsto en los pliegos (así el artículo 152.2 LCSP señala que «...en estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común».) Dado que el Pliego de Características Generales no prevé este tipo de compensación, a lo sumo la misma podría exigirse, con acreditación de la realidad de los gastos en que se hubiese incurrido por el licitador, instando un procedimiento administrativo dirigido a este fin.

Por tanto, debe desestimarse la alegación y con ella el recurso en su integridad.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. I. J. A. M., en representación de la mercantil XPERIENCIA VIRTUAL S.L. contra la Resolución de fecha 12 de junio de 2020, dictada por la Dirección General de la S.M.E. del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España M.P., S.A. (INCIBE) en el que se dispone la renuncia a la celebración del contrato del exp. 044/19, *“Desarrollo de experiencias de realidad virtual para concienciación y dinamización en eventos de ciberseguridad”*.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.