



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 074/2012

Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso interpuesto por PROSEGUR COMPAÑIA DE SEGURIDAD, S.A. contra la modificación del contrato denominado «Servicios de Vigilancia y Seguridad en los edificios administrativos del Gobierno de Aragón gestionados por el Departamento de Política Territorial e Interior», promovida por el Departamento de Política Territorial e Interior del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Departamento de Política Territorial e Interior del Gobierno de Aragón suscribió el 28 de junio de 2011 un contrato de servicios denominado «Vigilancia y Seguridad en los edificios administrativos del Gobierno de Aragón gestionados por el Departamento de Política Territorial e Interior» con la empresa PROSEGUR COMPAÑIA DE SEGURIDAD, S.A. (en adelante PROSEGUR), como contrato derivado del Acuerdo marco de homologación de los servicios de seguridad y vigilancia para los Departamentos y Organismos Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, por un importe de 1 709 827,85 euros, IVA incluido, y un plazo de ejecución comprendido entre el 1 de julio de 2011 y el 30 de junio de 2012.

Dicho contrato fue objeto de modificación por supresión del servicio de vigilancia de unas dependencias del Departamento y, posteriormente,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de prórroga para el periodo comprendido entre 1 de julio de 2012 al 30 de junio de 2013.

SEGUNDO.- Tras la instrucción del oportuno expediente, con audiencia de PROSEGUR y presentación por ésta de alegaciones, por Orden del Departamento de 23 de noviembre de 2012 se aprobó una nueva modificación del contrato, consistente en la reducción de los servicios de vigilancia de seguridad en los distintos edificios administrativos comprendidos en el contrato, en el periodo comprendido entre 1 de enero de 2013 y 30 de junio de 2013, modificación que decremента el importe del contrato en 175 366,39 euros, IVA incluido.

TERCERO.- El 17 de diciembre de 2012 tuvo entrada, en el Registro General del Gobierno de Aragón, dirigido al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso calificado de especial en materia de contratación, interpuesto por D. Pedro Martínez Martínez, en representación de PROSEGUR, contra la Orden de 23 de noviembre de 2012 por la que se resuelve la precitada modificación, notificada a la contratista el 27 de noviembre de 2012.

El contratista recurrente, anunció el mismo 17 de diciembre de 2012, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El 20 de diciembre de 2012 tiene entrada en el Tribunal el expediente y el informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP, que habían sido requeridos al Departamento por el Tribunal el 18 de diciembre de 2012.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Con fecha 21 de diciembre de 2012, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores que participaron en el Acuerdo marco, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

CUARTO.- El recurso alega, y fundamenta, en síntesis, que la modificación que ahora se acuerda —y que se suma a otras modificaciones del contrato, que detallan, y que en conjunto suponen, a su juicio, un 20,79% de reducción del importe contratado— supera el límite previsto en el artículo 107.3 TRLCSP del 10% del precio de adjudicación del contrato, produciéndose una modificación esencial del mismo que el adjudicatario no tiene obligación de soportar.

Analizan, de acuerdo con los criterios sentados por órganos consultivos en materia de contratación y contenidos en la jurisprudencia, la calificación como «esencial» de la modificación de un contrato público, y concluyen que las condiciones de la modificación que se propone hubieran determinado que la oferta realizada en su momento por PROSEGUR no hubiera sido la misma, ya que se habría contemplado que la reducción/supresión de los servicios determinaban despidos, habiendo incluido su coste en la oferta.

Consideran, además que la modificación propuesta no está debidamente justificada en el interés público, en los términos exigidos en el artículo 202 TRLCSP.

Por todo lo anterior solicitan se deje sin efecto la reducción propuesta o, subsidiariamente, se declare que las reducciones no pueden ser superiores al 10% del importe total del contrato.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de entrar en el análisis de los restantes requisitos del recurso, es preciso examinar si el mismo ha sido interpuesto ante el órgano competente para resolverlo, aún cuando el citado recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación, en coherencia con el pie de recurso contenido en la Orden del Departamento de 23 de noviembre de 2012.

Debe señalarse a estos efectos, que el objeto del recurso es ajeno al ámbito propio del recurso especial, al ser una actuación que no está cubierta por el régimen del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (introducido por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Determina este artículo 12 bis, bajo la rúbrica «*Publicidad de los modificados*», lo siguiente:

«1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales».

La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contractuales, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal.

El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto, declarando que:

«La Ley aragonesa ha pretendido consolidar el modelo estatal desde una perspectiva integral, al considerar, de forma acertada, que toda modificación es, en esencia, un elemento propio de la decisión de adjudicación, por lo que, al igual que ésta, y en la medida que supone una alteración de lo inicialmente decidido, debe ser objeto de notificación y publicidad. Esta opción encuentra justificación directa en la conocida Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta), en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aborda la cuestión al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato:

“El principio de igualdad de trato entre los licitadores (...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores”.

Lo que se pretende con la doctrina de esta Sentencia, en palabras del propio Tribunal es que:

“todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”.

Que la modificación es más que simple ejecución del contrato ha quedado suficientemente explicado por la doctrina del TJUE, y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ello justifica que los poderes adjudicadores no administración pública, aun sometidos en la ejecución de sus contratos al derecho privado, vengan obligados a aplicar las reglas que limitan y condicionan esta modificación (artículo 20 TRLCSP). Por ello, cuando no concurren los presupuestos habilitantes, o se incumple el régimen que permite la modificación, nos encontramos ante un supuesto de adjudicación directa contraria al marco normativo vigente —STJUE de 19 de junio de 2008 (PresstextNachrichtenagentur GMBH) — ante la que debería poder reaccionarse mediante los procedimientos de recurso en materia de contratación, con el fin de anular lo que no es sino una decisión ilegal de adjudicación de un contrato, ya que como puso de manifiesto la STJUE de 19 de junio de 2003 (GAT), la Directiva 89/665/CEE se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, y no establece ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y al contenido de dichas decisiones. En este sentido, la STJUE 28 de octubre de 1999 (Alcatel Austria), tuvo ocasión de afirmar que aunque la Directiva 89/665 no define las decisiones ilegales cuya anulación puede solicitarse, no puede deducirse de su tenor literal que una decisión ilegal de adjudicación de un contrato público no está comprendida en las decisiones ilegales que pueden ser objeto de un recurso de anulación.

A pesar de lo expuesto, el principal problema práctico proviene del hecho de que todo poder adjudicador ha venido entendiendo la prerrogativa del *ius variandi* como una cuestión exclusiva entre ente contratante y contratista que ejecuta la prestación, resultando opacas al resto de licitadores las eventuales modificaciones o ajustes del contrato inicial. Esta situación implica que el sistema actualmente previsto podría devenir en ineficaz, en tanto solo tras las modificaciones ya efectuadas y recepcionadas podría haber una reacción de los interesados, que ya no podría evitar la alteración de las reglas iniciales de la licitación. Por ello, y desde la lógica del principio de concurrencia e igualdad de trato, resulta obligada una interpretación restrictiva a esta posibilidad —entendida como una potestad condicionada— en la que debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación (aplicando analógicamente la previsión del artículo 151.4 TRLCSP). Trámite de audiencia que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ahora se contempla en el artículo 72 de la nueva propuesta de Directiva relativa a la contratación pública –COM (2011) 896 final.

Esta es la opción de la Ley aragonesa recogida en el artículo 12 bis de la Ley 3/2011, que exige tanto publicidad en el perfil de contratante y Boletín donde se publicó la original licitación y adjudicación del contrato, como notificación personal a los licitadores admitidos en su condición de interesados de toda modificación contractual, de cualquier poder adjudicador, esté o no prevista en el pliego».

En dicho informe se concluye, respecto de los recursos procedentes en el caso de modificaciones, lo siguiente:

«II. Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos».

Ello no obstante, y sin entrar a analizar si la modificación que se propone estaba o no prevista en el contrato, de lo anteriormente descrito se constata que la posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en si mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito.

Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «*su contrato*», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «*inter partes*» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «*ius variandi*».

Por todo lo expuesto, PROSEGUR no tiene, como contratista, legitimación para interponer recurso especial frente a la modificación de este contrato, por lo que procede su inadmisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 b) de la Ley 3/2011.

Al concurrir una causa de inadmisión del recurso interpuesto, no procede entrar a analizar el fondo de la cuestión que se plantea, que deberá resolverse por los trámites específicos propios de este tipo de reclamación de carácter contractual.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial, presentado por D. Pedro Martínez Martínez, en representación de PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A, contra la modificación contractual acordada por el Departamento de Política Territorial e Interior de Aragón el 27 de noviembre de 2012, en el contrato denominado «Servicios de Vigilancia y Seguridad en los edificios administrativos del Gobierno de Aragón gestionados por el Departamento de Política Territorial e Interior», por no estar, como contratista, legitimado para interponer recurso especial frente a la misma.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.