



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda
i Administracions Públiques
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Exp. Junta Consultiva: RES 26/2014

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: Acord marc per a l'homologació dels serveis de seguretat i vigilància de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i dels ens que integren el sector públic autonòmic, lot 1 - Illa de Mallorca

CONTR 3908/2012

Conselleria d'Hisenda i Pressuposts (òrgan de contractació centralitzada)

Recurrent: Ombuds Compañía de Seguridad, SA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 9 d'octubre de 2015 pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per Ombuds Compañía de Seguridad, SA, contra la Resolució del conseller d'Hisenda i Pressuposts per la qual es resol l'Acord marc per a l'homologació dels serveis de seguretat i vigilància de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i dels ens que integren el sector públic autonòmic, lot 1 - Illa de Mallorca

Fets

1. El 4 de febrer de 2013, el conseller d'Administracions Públiques i el representant de l'empresa Ombuds Compañía de Seguridad, SA, varen signar l'Acord marc per a l'homologació dels serveis de seguretat i vigilància de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i dels ens que integren el sector públic autonòmic, lot 1 - Illa de Mallorca.
2. El 5 de febrer de 2014, la secretària de la Central de Contractació de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears va emetre un informe proposta d'inici del procediment de resolució de l'Acord marc, atès que l'empresa Ombuds Compañía de Seguridad, SA, no havia participat en els procediments d'adjudicació de diversos contractes basats en l'Acord marc a què havia estat convidada, sense justificar-ne el motiu, i, per tant, havia incorregut en una causa de resolució d'aquest Acord marc.
3. El 6 de febrer de 2014, el conseller d'Hisenda i Pressuposts va dictar la Resolució per la qual s'inicia el procediment de resolució de l'Acord marc per aplicació de



l'article 223 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre; la clàusula 13 de l'Acord marc, i la clàusula 41.2 del plec de clàusules administratives particulars. Aquesta Resolució es va notificar a Ombuds Compañía de Seguridad, SA, el 13 de febrer de 2014, amb la indicació que disposava d'un termini de deu dies naturals per formular les al·legacions que consideràs oportunes.

4. El 21 de febrer de 2014, l'empresa va presentar un escrit d'al·legacions en el qual manifestava que no havia participat en els procediments basats en l'Acord marc per un conjunt de circumstàncies sobrevingudes. Concretament, perquè, com a conseqüència de la publicació, amb posterioritat a la signatura de l'Acord marc, del Conveni col·lectiu estatal de les empreses de seguretat 2012-2014 i del Reial decret llei 16/2013, de 20 de desembre, de mesures per afavorir la contractació estable i millorar l'ocupabilitat dels treballadors, s'havia incrementat la retribució i el cost/hora dels vigilants de seguretat i que, per tant, el preu que l'empresa havia d'oferir en nou d'aquestes licitacions era inferior al cost del servei, també a causa dels plusos i l'antiguitat del personal que havia de subrogar, i, en dues altres licitacions, perquè no havia rebut la documentació necessària per participar-hi.
5. El 4 d'abril de 2014, la secretària de la Central de Contractació va emetre un informe sobre les al·legacions que havia presentat Ombuds Compañía de Seguridad, SA, en el qual va manifestar, entre moltes altres consideracions, que en l'Acord marc s'havien tingut en compte els preus del Conveni col·lectiu esmentat, i va analitzar, una per una, les licitacions a les quals no s'havia presentat l'empresa i no va presentar cap justificació.

Concretament, va indicar que en cinc de les vuit licitacions respecte de les quals l'empresa al·lega que el cost real del servei li resultava deficitari, això no era així; que considera no justificada la no-presentació en una licitació, atès que no ha aportat cap estudi econòmic, i, quant a les dues licitacions respecte de les quals l'empresa al·lega que no va ser convidada correctament, que d'una es pot inferir que no tenia intenció de presentar-s'hi, atès que no va requerir a l'òrgan de contractació la documentació que afirma que li mancava.

6. El 24 d'abril de 2014, la cap del Servei de l'Àrea Jurídica i Administrativa de la Conselleria d'Hisenda i Pressuposts va emetre un informe jurídic en el qual informava favorablement sobre la resolució de l'Acord marc subscrit amb Ombuds Compañía de Seguridad, SA.



7. El 25 d'abril de 2014, la secretària de la Central de Contractació va emetre l'informe proposta relatiu a la resolució de l'Acord marc per a l'homologació dels serveis de seguretat i vigilància de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i dels ens que integren el sector públic autonòmic, lot 1 - Illa de Mallorca, formalitzat amb Ombuds Compañía de Seguridad, SA.

Aquest mateix dia, el conseller d'Hisenda i Pressuposts va suspendre la tramitació del procediment de resolució de l'Acord marc, atès que s'havia de sol·licitar un dictamen preceptiu al Consell Consultiu de les Illes Balears, ja que Ombuds Compañía de Seguridad, SA, s'havia oposat a la resolució de l'Acord marc.

8. El 25 de juny de 2014, el Consell Consultiu va emetre el Dictamen 71/2014 relatiu al procediment de resolució de l'Acord marc, en el qual es va pronunciar en sentit favorable a la proposta de resolució de l'Acord marc.
9. El 22 de juliol de 2014, el conseller d'Hisenda i Pressuposts va dictar la Resolució per la qual es resol l'Acord marc per a l'homologació dels serveis de seguretat i vigilància de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i dels ens que integren el sector públic autonòmic, lot 1 - Illa de Mallorca, formalitzat amb Ombuds Compañía de Seguridad, SA, atès que l'empresa va incórrer en una causa específica de resolució de l'Acord marc contracte perquè no va participar, sense justificar-ne el motiu, en més de tres procediments d'adjudicació dels contractes basats en l'Acord marc a què va ser convidada a participar, i, en particular, perquè en almenys sis dels onze procediments en què no va participar no queda justificada la declinació de l'empresa. Aquesta Resolució, juntament amb el Dictamen 71/2014 del Consell Consultiu, es va notificar al contractista el 25 de juliol de 2014.
10. El 20 d'agost de 2014, el representant de l'empresa Ombuds Compañía de Seguridad, SA, va presentar, a l'oficina de Correus, adreçat a la Conselleria d'Hisenda i Pressuposts, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució del conseller d'Hisenda i Pressuposts per la qual es resol l'Acord marc. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa l'11 de setembre de 2014.

Fonaments de dret



1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual es resol un acord marc tramitat per la Central de Contractació de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Atès que es tracta d'un acte no susceptible del recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 40 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), s'hi pot interposar el recurs administratiu que sigui procedent. Aquest recurs, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, d'acord amb l'apartat 13 de l'article 2 i l'article 7 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva.

2. El recurs especial que ha interposat el representant de l'empresa Ombuds Compañía de Seguridad, SA, es fonamenta en el fet que la Resolució impugnada no especifica quins són els sis procediments d'adjudicació dels contractes basats en l'Acord marc —dels onze a què va ser convidada i no va presentar oferta— en què es considera que no queda justificada la seva no-participació, i manifesta que aquesta manca de concreció li causa indefensió, atès que desconeix quins són els procediments i les causes de justificació que s'han esgrimit, i lesiona el dret a la tutela judicial efectiva de l'article 24 de la Constitució espanyola. Per tant, el recurrent es refereix a la manca de motivació de la Resolució impugnada.

A més, el recurrent considera que s'ha produït una alteració substancial de les circumstàncies tingudes en compte en el moment en què es va formalitzar l'Acord marc, atès que amb posterioritat a la formalització es varen publicar el Conveni col·lectiu estatal de les empreses de seguretat 2012-2014, i el Reial decret llei 16/2013, de 20 de desembre, de mesures per afavorir la contractació estable i millorar l'ocupabilitat dels treballadors, que implicaven, respectivament, un increment retributiu del 5 % i del 2,1 % en el cost/hora dels vigilants de seguretat.

Finalment, el recurrent considera que el fet que la justificació dels motius pels quals no va participar en els procediments d'adjudicació dels contractes basats



en l'Acord marc als quals va ser convidada es presentà en la fase d'al·legacions del procediment de resolució de l'Acord marc i no en el moment de la invitació, no és rellevant, atès que la clàusula 13 de l'Acord marc no estableix cap termini per respondre a les invitacions.

Per tot això, el recurrent sol·licita que s'anul·li la Resolució que s'impugna i, subsidiàriament, que es considerin justificades les causes que li han impedit participar en els procediments d'adjudicació esmentats en la Resolució i que s'arxivi el procediment de resolució de l'Acord marc.

3. La facultat de resoldre els contractes és una de les prerrogatives de què gaudeix l'Administració pública en els contractes administratius, les quals estan regulades en els articles 210 i 211 del TRLCSP, que tenen caràcter bàsic, llevat de l'apartat 2 de l'article 211. L'ús d'aquestes prerrogatives està sotmès a limitacions i, per tant, l'Administració ha de motivar totes les decisions que adopti, que no poden ser arbitràries.

L'article 210 del TRLCSP estableix que l'òrgan de contractació té les prerrogatives d'interpretar els contractes, resoldre els dubtes que ofereixi el seu compliment, modificar-los per raons d'interès públic, acordar-ne la resolució i determinar els efectes d'aquesta, prerrogatives que s'han d'exercir dins els límits i amb subjecció als requisits i els efectes que assenyala aquesta Llei.

L'article 211 del TRLCSP regula el procediment per exercir qualsevol prerrogativa i disposa que els acords que adopti l'òrgan de contractació exhaureixen la via administrativa i són immediatament executius. En concret, d'acord amb aquest article, s'ha d'instruir un procediment amb audiència del contractista i, en cas que hi formuli oposició, és preceptiu l'informe del Consell d'Estat o l'òrgan consultiu equivalent de les comunitats autònomes.

L'article 109 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 1098/2001, de 12 d'octubre, regula el procediment que s'ha de seguir per resoldre un contracte, que inclou l'audiència del contractista, l'audiència de l'avalador o assegurador quan es proposi la confiscació de la garantia, l'emissió d'un informe jurídic i el dictamen del Consell d'Estat o l'òrgan consultiu equivalent de la comunitat autònoma quan el contractista hi formuli oposició.

L'article 223 del TRLCSP enumera les causes de resolució dels contractes — comunes a tots els contractes—, i els articles 224 i 225 regulen, respectivament,



l'aplicació d'aquestes causes i els efectes que es deriven de l'exercici d'aquesta prerrogativa.

La lletra *h* de l'article 223 disposa que són causes de resolució les que s'estableixin expressament en el contracte.

4. L'Acord marc per a l'homologació dels serveis de seguretat i vigilància de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i dels ens que integren el sector públic autonòmic, lot 1 - Illa de Mallorca, formalitzat amb Ombuds Compañía de Seguridad, SA, disposa en la clàusula 1 que:

Aquest acord marc fixa els termes i les condicions a les quals s'han d'ajustar els serveis de vigilància i seguretat que puguin contractar les entitats destinatàries de l'Acord marc, amb l'empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, SA (d'ara endavant, OMBUDS) de conformitat, en tot cas, amb el que preveu el plec de prescripcions tècniques i de clàusules administratives particulars que el regeixen, amb aquest document i amb la seva oferta.

La clàusula 4 de l'Acord marc estableix que:

La signatura d'aquest Acord marc atorga a OMBUDS el dret a ser convidat a la licitació dels contractes derivats en els termes establerts a la clàusula 30.6 del plec de clàusules administratives particulars i a la clàusula 12 d'aquest Acord i comporta únicament l'expectativa de resultar-ne adjudicatària.

La clàusula 12 de l'Acord marc estableix que:

Els contractes derivats s'adjudicaran després d'efectuar una nova licitació, en la que s'ha de formular, de manera més precisa, els seus termes, tot respectant els establerts a l'Acord marc. A aquests efectes, les entitats destinatàries formularan a OMBUDS la petició d'oferta dels serveis que en cada moment resultin necessaris, d'acord amb el que disposa la clàusula 30.6 del plec de clàusules administratives particulars que regeixen aquest Acord marc. Això no obstant, OMBUDS no té dret a ser obligatòriament consultada en el cas de contractes amb valor estimat igual o inferior a 60.000 euros; en aquest cas, les entitats destinatàries podran sol·licitar l'oferta només a tres empreses.

La clàusula 13 de l'Acord marc disposa que:



OMBUDS està obligada a presentar oferta en els casos en què li sigui requerida. La no participació en més de tres invitacions als procediments derivats és causa de resolució d'aquest Acord marc.

I la clàusula 15 d'aquest Acord marc estableix que:

Seran causes de resolució de l'Acord marc les previstes als articles 223 i 308 del TRLCSP i les consignades a la clàusula 41 del plec de clàusules administratives particulars.

La clàusula 30.6 del plec de clàusules administratives particulars que regeixen l'Acord marc disposa, en relació amb el nombre d'empreses adjudicatàries que s'han de convidar, que:

En les licitacions dels contractes derivats amb valor estimat superior a 60.000 € es consultarà a totes les empreses incloses a l'Acord marc en el lot o lots als que correspongui la realització dels serveis. La consulta es regirà per les estipulacions de l'article 198 del TRLCSP i les que contingui concretament el plec de clàusules administratives particulars regulador del contracte de serveis.

Tanmateix, en els contractes derivats amb valor estimat igual o inferior a 60.000 €, inclosos els contractes menors, es consultarà a un mínim de tres empreses incloses en l'Acord marc en el lot o lots als que correspongui la realització dels serveis.

La clàusula 41 del plec de clàusules administratives particulars que regeixen l'Acord marc en recull les causes de resolució en els termes següents:

41.1. L'Acord marc es resoldrà per a l'empresa o empreses afectades si concorre alguna de les causes que es preveuen en els articles 223 i 308 TRLCSP i amb l'aplicació i els efectes assenyalats en els articles 224, 225 i 309 TRLCSP.

41.2. Es consideraran també com a causes específiques de resolució de l'Acord marc, segons preveu l'apartat h) de l'article 223 TRLCSP:

- la no participació sense causa justificada en més de tres invitacions als procediments derivats. La justificació d'impossibilitat de concurrència en la licitació corresponent es realitzarà mitjançant la presentació de l'escrit pertinent davant l'òrgan de contractació.

[...]

41.3. En tots els casos es seguirà el procediment establert a l'article 109 RGLCAP.



Aquesta mateixa causa específica de resolució es recull, en termes idèntics, en la lletra S del quadre de característiques de l'Acord marc del plec de clàusules administratives particulars que el regeixen.

Així doncs, el contractista està obligat a presentar oferta en els procediments a què sigui convidat, si bé es preveu que pugui justificar els motius pels quals considera que no pot participar en un procediment concret, justificació que s'ha de presentar per escrit davant l'òrgan de contractació. El fet que en més de tres procediments no presenti cap justificació és causa de resolució de l'Acord marc.

5. El primer motiu d'impugnació es fonamenta en el fet que, a parer del recurrent, la Resolució impugnada no especifica quins són els sis procediments d'adjudicació dels contractes basats en l'Acord marc —dels onze a què va ser convidada i no va presentar oferta— en què es considera que no queda justificada la seva no-participació, i manifesta que aquesta manca de concreció li causa indefensió, atès que desconeix quins són els procediments i les causes de justificació que s'han esgrimit, i lesiona el dret a la tutela judicial efectiva de l'article 24 de la Constitució espanyola. Per tant, el recurrent es refereix a la manca de motivació de la Resolució impugnada.

Quant a la motivació, l'article 89.3 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, disposa que les resolucions han de contenir la decisió, que ha de ser motivada en els casos que preveu l'article 54 del mateix text legal. En concret, la lletra f de l'apartat 1 d'aquest darrer article disposa que s'han de motivar, amb referència succinta de fets i fonaments de dret, els actes que es dicten en l'exercici de potestats discrecionals, i també els que han de ser-ho en virtut d'una disposició legal o reglamentària expressa, i l'apartat 2 d'aquest article estableix que la motivació dels actes que exhaureixin els procediments selectius i de concurrència competitiva s'ha de fer de conformitat amb el que disposin les normes que regulin les convocatòries, i, en tot cas, els fonaments de la resolució que s'adopti han de quedar acreditats en el procediment.

El Tribunal Superior de Justícia de Madrid, en la Sentència de 31 d'octubre de 2006, fa referència a la doctrina jurisprudencial sobre la motivació i manifesta que:

En lo que se refiere a la motivación, ésta tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 2003, que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución



de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto, motivación que es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución y también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa), que se refuerza en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, que incluye dentro de su artículo 41, dedicado al “Derecho a una buena Administración”, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. Siguiendo reiterada doctrina jurisprudencial, el requisito de motivación que tiene por finalidad dar a conocer a los administrados las razones de la decisión, no sólo asegura la seriedad en la formación de la voluntad de la administración, sino que permite al interesado impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; y, en último término, facilita el control que el artículo 106.1 CE, encomienda a los Tribunales de Justicia, habiéndose proclamado que la motivación sucinta o escueta no equivale a ausencia del aludido requisito cuando es suficientemente indicativa [...].

Cal recordar que tant la jurisprudència del Tribunal Constitucional com la jurisprudència ordinària han admès la motivació per referència a informes que formen part de les actuacions, tant sigui de manera expressa (amb la incorporació formal del text de l'informe en el cos de la resolució), com, fins i tot, de manera presumpta, això és, en vista del contingut material de la resolució (motivació *in aliunde*). En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem de 22 de setembre de 2011 manifesta que:

Es, por tanto, admisible una motivación breve y lacónica que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos en que se apoya la decisión adoptada. En este sentido, se ha aceptado, como motivación constitucionalmente adecuada, la motivación por remisión o *aliunde*, técnica en virtud de la cual se incorporan a la resolución que prevé la remisión los razonamientos jurídicos de la decisión o documento a la que se remite (Auto del Tribunal Constitucional 207/1999, de 28 de julio), porque ello permite conocer las razones en las que se ha basado la decisión judicial. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/2007, de 18 de junio, FJ 3, una fundamentación por remisión «no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia constitucional contenida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [entre otras muchas, SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3, *in fine*; 13/2001, de 29 de enero, FJ 2; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; 171/2002, de 30 de septiembre FJ 2; y ATC 194/2004, de 26 de mayo, FJ 4 b); en términos similares, SSTC 115/2003, de 16 de junio, FJ 8; 91/2004, de 19 de mayo,



FJ 8; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3], siempre y cuando dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca [STC 115/1996, de 25 de junio, FJ 2 b)] y que la cuestión sustancial de que se trate se hubiera resuelto en la resolución o documento al que la resolución judicial se remite (SSTC 27/1992, de 9 de marzo, FJ 4; y 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; y ATC 312/1996, de 29 de octubre, FJ 6).

Quant als efectes de la manca de motivació dels actes administratius, el Tribunal Suprem, en la Sentència d'11 de febrer de 2011, manifesta que:

El cumplimiento de esta exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, se salvaguarda mediante la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no motivado, en caso de incumplimiento.

Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser un vicio invalidante, como hemos señalado, o una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, pues solo si se conocen pueden impugnarse. Se trata, en definitiva, de valorar si concurre la indefensión a que se refiere el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 cuya existencia es necesaria para incurrir en el vicio de invalidez señalado. El defecto de forma “sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”, nos indica el citado artículo 63.2.

I en diverses sentències de 3 de novembre de 1987, el Tribunal Suprem manifesta el següent:

es cierto, según ha venido afirmando la Jurisprudencia, la imposibilidad de imputarse a una resolución falta de motivación cuando se puede llegar a deducir las causas o motivos del propio expediente antecedente de la misma con datos y elementos suficientes para que se pueda llegar a conocer por el afectado, siendo bastante que se desprenda de la conjunta apreciación del contenido de las actuaciones administrativas [...].

Tot i que sembla que el recurrent manifesta que la Resolució impugnada no està adequadament o suficientment motivada, això no és realment així.



El recurrent afirma que en la Resolució objecte del recurs no s'esmenten quins són els sis procediments d'adjudicació dels contractes basats en l'Acord marc — dels onze a què el contractista va ser convidat i no va presentar oferta— en què es considera que no queda justificada la seva no-participació.

No obstant això, s'ha de dir que la Resolució impugnada enumera, en el fet 3, els onze procediments d'adjudicació dels contractes basats en l'Acord marc als quals l'empresa Ombuds Compañía de Seguridad, SA, havia estat convidada, i en els quals no va presentar cap oferta.

Concretament, en la Resolució s'afirma el següent:

Per tal de donar compliment a les clàusules esmentades, l'empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA fou convidada a la licitació dels contractes derivats següents, amb el resultat que a continuació es detalla:

- Ports de les Illes Balears: (Oficines centrals). Declina participar sense presentar escrit de justificació.
- Ports de les Illes Balears: (Ports de gestió directa). Declina participar sense presentar escrit de justificació.
- Servei de Salut de les Illes Balears: (Hospital Son Dureta, Inspecció mèdica, CAD I, II, III i IV i Dispensari). Declina participar sense presentar escrit de justificació.
- Ens públic de Radiotelevisió de les Illes Balears: (Televisió de les Illes Balears SA, Ràdio de les Illes Balears, SA i les seves delegacions). Declina participar sense presentar escrit de justificació.
- Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient i Territori (Edifici del carrer Gremi Corredors, 10, Gremi Passamaners, 15, Polígons Son Rossinyol de Palma i Edifici La Petrolera, Carrer Femenies, 1 de Palma). Declina participar sense presentar escrit de justificació.
- Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient i Territori (Edifici Sa Granja, carrer Eusebi Estada, 145. Palma). Declina participar sense presentar escrit de justificació.
- Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats (Servei de Biblioteca Ca'n Salas). Declina participar sense presentar escrit de justificació.
- Serveis Ferroviaris de Mallorca. (Instal·lacions i trens de Serveis Ferroviaris de Mallorca). Declina participar sense presentar escrit de justificació.



- Agència Tributària de les Illes Balears-ATIB (Delegació insular ATIB Mallorca). No respon a la invitació.
- Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats (dependències de la conselleria). No presenta oferta.
- Conselleria de Salut (dependències de la conselleria). No presenta oferta.

A més, en el fonament de dret 3 de la Resolució s'esmenten els sis procediments concrets en què es considera que no queda justificada la declinació a participar-hi.

Cal recordar que els onze procediments que es detallen en els fets són els mateixos que consten en la Resolució d'inici del procediment de resolució de l'Acord marc, en relació amb la qual el recurrent ja va presentar un escrit d'al·legacions, previ a la interposició del recurs, en el qual va indicar, procediment per procediment, els motius pels quals no va presentar una oferta.

Per tant, crida l'atenció que el recurrent afirmi que desconeix quins són aquests procediments i quines les "causes de justificació" que s'han esgrimit, precisament perquè és Ombuds Compañía de Seguridad, SA, qui va presentar aquests arguments en l'escrit d'al·legacions. Certament, no s'entén aquesta argumentació del recurrent.

Tant el fonament de dret 3 de la Resolució impugnada com el Dictamen 71/2014 del Consell Consultiu de les Illes Balears, que es va notificar al contractista juntament amb la Resolució que s'impugna, transcriuen les conclusions de l'informe de la secretària de la Central de Contractació de 4 d'abril de 2014 relatiu a les al·legacions presentades per Ombuds Compañía de Seguridad, SA, en què esmenta els procediments afectats i analitza les justificacions de l'empresa, i indica que:

Primera. De les vuit licitacions que al·lega Ombuds Compañía de Seguridad SA, a les quals no s'hi ha presentat perquè el cost real del servei li resulta deficitari, i una vegada realitzat l'estudi detallat de les licitacions respectives, cal concloure que en els expedients de l'Agència Tributària, Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats, Biblioteca Ca'n Sales, Serveis de temporada de Ports de les Illes Balears i SFM, l'import de licitació del contracte no era deficitari per a l'entitat interessada.

A més es considera no justificada la no presentació en la licitació del contracte derivat de la Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient i Territori



de l'edifici de Sa Granja per no aportar cap estudi econòmic relatiu a aquest contracte.

Segona. Que si bé l'entitat declara que en dos licitacions més que no va justificar la no participació no va ser invitat o correctament consultat, en un dels casos (Conselleria de Salut i Consum) tampoc Ombuds acredita haver requerit la documentació (plecs i annexos) que no li va arribar completa des de la Conselleria i es pot inferir que no tenia intenció de presentar-s'hi.

Per tant, l'afirmació del recurrent que la manca de concreció dels sis procediments en què es considera que no queda justificada la seva no-participació, li ha impedit preparar la seva defensa, no s'ajusta a la realitat, atès que, com hem vist, la Resolució impugnada esmenta els onze procediments en què no va presentar cap justificació de la no-participació i també els sis en què, una vegada analitzades les seves justificacions sobre el caràcter deficitari dels preus, es considera que l'import de licitació no era deficitari per a Ombuds Compañía de Seguridad, SA.

No s'ha d'oblidar que la causa de la Resolució de l'Acord marc és una causa objectiva que es produeix per l'incompliment de l'empresa de la seva obligació de participar en els procediments basats en l'Acord marc als quals és convidada, i, en particular, per la seva no-participació sense presentar-ne cap justificació en més de tres invitacions en procediments basats en l'Acord marc —justificació que, d'acord amb el plec de clàusules administratives particulars, s'havia de presentar per escrit davant l'òrgan de contractació.

La Resolució impugnada és prou clara sobre això i, fins i tot, va més enllà, atès que, en resposta a les al·legacions que va presentar Ombuds Compañía de Seguridad, SA, analitza si es considera justificada la no-participació de l'empresa en els procediments i es pronuncia sobre això.

Tot i així, s'ha de dir que és evident que l'escrit justificatiu s'havia de presentar en el termini per presentar l'oferta —i no, com en aquest cas, una vegada s'inicia el procediment de resolució de l'Acord marc—, i que allò rellevant són els onze procediments esmentats i no l'anàlisi posterior que es fa sobre la justificació de la no-participació de l'empresa en els procediments.

En definitiva, en la mesura que la Resolució impugnada conté tota la informació sobre els procediments que motiven la resolució de l'Acord marc, amb inclusió de l'enumeració dels sis procediments a què fa referència el recurrent, no es pot



sinó considerar que està motivada adequadament. Per tot això, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

6. El segon motiu d'impugnació es refereix al fet que el recurrent considera que s'ha produït una alteració substancial de les circumstàncies tingudes en compte en el moment en què es va formalitzar l'Acord marc, atès que amb posterioritat a la formalització es varen publicar el Conveni col·lectiu estatal de les empreses de seguretat 2012-2014 i el Reial decret llei 16/2013, de 20 de desembre, de mesures per afavorir la contractació estable i millorar l'ocupabilitat dels treballadors, que implicaven, respectivament, un increment retributiu del 5 % i del 2,1 % en el cost/hora dels vigilants de seguretat.

Per això, el recurrent considera que, en virtut del principi *rebus sic stantibus*, és possible modificar les estipulacions establertes en el contracte, en aquest cas, en l'Acord marc. Tot i que l'escrit de recurs no és gaire clar, sembla que el que vol dir el recurrent és que tant el conveni col·lectiu com el Reial decret llei esmentats són causa justificativa del fet que Ombuds Compañía de Seguridad, SA, no hagi participat en els procediments que motiven la resolució del contracte.

A més, el recurrent considera que el fet que la justificació dels motius pels quals no va participar en el procediment de licitació dels contractes basats en l'Acord marc, als quals ha estat convidat, es presentàs en la fase d'al·legacions del procediment de resolució de l'Acord marc i no en el moment de la invitació, no és rellevant, atès que la clàusula 13 de l'Acord marc no estableix cap termini per respondre a les invitacions.

Amb caràcter previ a l'anàlisi de les al·legacions del recurrent, sembla convenient aproximar-se al concepte de *risc i ventura* en els contractes i a la doctrina del risc imprevisible.

7. D'acord amb l'article 215 del TRLCSP, l'execució del contracte es duu a terme a risc i ventura del contractista, que és el risc general que assumeix qualsevol contractista quan executa un contracte. Com va manifestar el Tribunal Suprem en les sentències de 8 de juny de 1947 i de 19 d'octubre de 1983, "riesgo significa contingencia o proximidad de un daño y ventura es una palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien". Per tant, el contractista assumeix el risc que deriva de les circumstàncies imprevistes que afecten el contracte o el d'obtenir un guany major o menor i, fins i tot, tenir pèrdues quan els càlculs en què es fonamenta la seva oferta siguin erronis.



No obstant això, el principi de risc i ventura no significa que el contractista hagi d'assumir sempre les alteracions que es puguin produir en el preu. En cas que l'equilibri econòmic del contracte, atesa la naturalesa de les circumstàncies que l'han alterat, no es pugui restablir mitjançant el mecanisme de la revisió de preus que preveu el TRLCSP, es pot compensar el contractista a l'empara de la doctrina del risc imprevisible o la del *factum principis*, ambdues de creació jurisprudencial.

Quant a la doctrina del risc imprevisible, la Sentència de 30 d'abril de 1999 del Tribunal Suprem va manifestar el següent:

la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula “rebus sic stantibus”, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes que la que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado.

La teoria del *factum principis* fa referència a l'alteració indirecta de la prestació objecte del contracte a causa de mesures administratives generals que, tot i que no modifiquen directament l'objecte del contracte ni ho pretenen, hi incideixen fent-lo més oneros per al contractista. El Tribunal Suprem considera necessari, perquè el contractista tenguí dret a una compensació en aquests casos, que es tracti de mesures imperatives i de compliment obligatori, que compleixin les característiques de generalitat i imprevisibilitat i que produeixin un perjudici especial al contractista. En aquest sentit es pronuncien, entre d'altres, les sentències de 25 d'abril i de 20 de desembre de 1986.

Pel que fa a la clàusula *rebus sic stantibus*, en la Sentència de 2 d'abril de 2008 el Tribunal Suprem va manifestar el següent:

Esas sentencias que cita la parte y otras muchas que han analizado la posible aplicación de esa cláusula implícita “rebus sic stantibus” (mientras las cosas estén así) resaltan como requisito esencial para ello el de la imprevisibilidad del acaecimiento que se invoca como causante de la ruptura del equilibrio contractual.



El Tribunal Suprem va manifestar en la Sentència 4 de febrer de 2014, en relació amb l'equilibri financer dels contractes administratius, que:

Ninguna duda existe acerca de que el riesgo y ventura se refiere, como dijo la STS de 31 de marzo de 1987 reiterando jurisprudencia anterior, a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes lo que elimina lo que provenga de su propio actuar. Es consustancial a la contratación pública que el riesgo corre a cargo del contratista. Mas también que debe diferenciarse de elementos extraños al contrato que pueden afectar a su curso normal dando lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión como mecanismo capaz de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales.

Por ello se ha considerado que debe estarse al principio de riesgo y ventura cuando el incremento de costes deriva de la aplicación de un Convenio Colectivo conocido por los licitadores en la fecha de presentación de sus proposiciones (STS 18 de diciembre de 2000, rec. Casación 5223/1996).

8. Tot i que el recurrent centra la seva argumentació contra la Resolució impugnada en el fet que considera justificada la seva no-participació en onze procediments d'adjudicació de contractes basats en l'Acord marc, el cert és que aquesta qüestió no és més que una qüestió incidental o accessòria al nucli de la Resolució impugnada, que consisteix que Ombuds Compañía de Seguridad, SA, ha incorregut en una causa de resolució de l'Acord marc, concretament que no ha participat en més de tres procediments d'adjudicació de contractes basats en l'Acord marc. S'ha de dir que es tracta d'una qüestió objectiva que no ha estat rebutjada pel recurrent, i, per tant, s'ha de considerar que, efectivament, hi concorre la causa de resolució esmentada.

El que pretén el recurrent és justificar ara els motius pels quals no va participar en els procediments, motius que fonamenta en una suposada alteració de les circumstàncies tingudes en compte en el moment en què es va formalitzar l'Acord marc.

Certament, tot i que el recurrent afirma que l'Acord marc no preveu cap termini per justificar la seva no-participació, és de tota lògica entendre, com ja hem dit abans, que la justificació s'ha de presentar en el termini per presentar les ofertes i no una vegada s'inicia un procediment de resolució de l'Acord marc per aquesta causa. Així ho ha entès també el Consell Consultiu, que afirma que la justificació de l'empresa és extemporània.



Cal recordar que, d'acord amb la clàusula 41 del plec de clàusules administratives particulars i la lletra S del quadre de característiques de l'Acord marc del plec, la justificació de la impossibilitat de concurrència en la licitació corresponent s'ha de dur a terme mitjançant la presentació de l'escrit pertinent davant l'òrgan de contractació.

Consegüentment, el termini és el mateix, tant per justificar la no-participació en cada un dels procediments d'adjudicació de contractes basats en l'Acord marc als quals l'empresa ha estat convidada, com per presentar oferta en cada un.

S'ha de dir que no tan sols és rellevant el moment en què s'ha de presentar l'escrit, sinó també l'òrgan davant qui s'ha de presentar. Ambdues qüestions es desprenen clarament del plec de clàusules administratives particulars.

No obstant tot això, és a dir, que aquestes al·legacions del recurrent són extemporànies i es poden desestimar sense més tràmit, a continuació s'hi faran diverses consideracions.

Cal tenir en compte que, a més de la secretària de la Central de Contractació, el Consell Consultiu també s'ha pronunciat sobre les al·legacions que havia presentat Ombuds Compañía de Seguridad, SA, en el tràmit d'audiència del procediment de resolució de l'Acord marc, i les ha desestimades.

Pel que fa a l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies que, segons el recurrent, suposa l'entrada en vigor del Conveni col·lectiu estatal de les empreses de seguretat 2012-2014, s'ha de dir que això no és així, atès que amb anterioritat a l'inici del procediment per concloure l'Acord marc (el mes d'agost de 2012), concretament a partir del mes d'abril de l'any 2012, després de la signatura del conveni, totes les empreses i els treballadors del sector sabien quins serien els increments salarials a què donaria lloc el Conveni, per tots els anys de vigència temporal (2012-2014), tot i que, a causa del procés de conflicte col·lectiu, no s'havia publicat. Per tant, Ombuds Compañía de Seguridad, SA, en el moment d'elaborar la seva oferta en el procediment, ja hauria hagut de tenir en compte l'increment de les retribucions del personal de seguretat.

A més, cal tenir en compte que en l'informe de la secretària de la Central de Contractació relatiu a les al·legacions presentades pel recurrent s'afirma que els preus/hora de licitació de l'Acord marc es varen fixar per referència al Conveni col·lectiu estatal de les empreses de seguretat 2009-2012 i al Conveni col·lectiu estatal de les empreses de seguretat 2012-2014 signat entre les organitzacions



sindicals i empresarials, pendent de publicació en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, i que es va optar per aplicar els conceptes salarials d'aquest darrer Conveni, atès el període en què s'havien d'executar els contractes basats en l'Acord marc.

El Consell Consultiu, en analitzar aquesta qüestió, afegeix que l'increment de les retribucions que, a parer del recurrent, es produeix com a conseqüència del Conveni col·lectiu no és tal, sinó que és bastant inferior, motiu pel qual no considera admissible la quantificació d'Ombuds Compañía de Seguridad, SA.

Pel que fa a l'alteració sobrevinguda a causa de l'entrada en vigor del Reial decret llei 16/2013, de 20 de desembre, de mesures per afavorir la contractació estable i millorar l'ocupabilitat dels treballadors, el recurrent manifesta que suposa un increment sobrevingut del 2,1 % en el cost/hora dels vigilants de seguretat.

El Consell Consultiu va manifestar que, en tot cas, l'increment de les cotitzacions a la Seguretat Social operaria, de manera efectiva, a partir del mes de gener de 2014 i només justificaria la posició de l'empresa respecte d'aquells contractes l'execució dels quals començàs a partir del mes de gener de 2014, que eren, únicament, quatre dels vuit analitzats per la Central de Contractació, i que respecte d'aquests contractes l'empresa hauria pogut fer l'al·legació oportuna, justificar-la i fonamentar-la de manera completa en el moment en què se li varen oferir i no després, en la fase d'al·legacions del procediment de resolució de l'Acord marc.

Dit tot això, tenint en compte que ara no és el moment de justificar el motiu pel qual Ombuds Compañía de Seguridad, SA, no es va presentar a diversos procediments, ni d'analitzar si la seva justificació és suficient o no ho és, i que, en tot cas, no hi ha cap dubte que es va produir el fet objectiu que constitueix la causa de resolució de l'Acord marc —és a dir, que Ombuds Compañía de Seguridad, SA, no va participar en més de tres procediments d'adjudicació als quals va ser convidada i no va presentar cap justificació—, es pot concloure que la Resolució impugnada és ajustada a dret.

En conseqüència, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

9. Un cop examinat el contingut del recurs, el plec de clàusules administratives particulars i l'expedient de resolució de l'Acord marc, no s'aprecia la concurrència de cap vici que pugui determinar la nul·litat de ple dret o l'anul·labilitat de la Resolució del conseller d'Hisenda i Pressuposts per la qual es resol l'Acord marc per a l'homologació dels serveis de seguretat i vigilància de



l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i dels ens que integren el sector públic autonòmic, lot 1 - Illa de Mallorca, formalitzat amb Ombuds Compañía de Seguridad, SA.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per Ombuds Compañía de Seguridad, SA, contra la Resolució del conseller d'Hisenda i Pressuposts per la qual es resol l'Acord marc per a l'homologació dels serveis de seguretat i vigilància de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i dels ens que integren el sector públic autonòmic, lot 1 - Illa de Mallorca, i, en conseqüència, confirmar l'acte impugnat.
2. Notificar aquest Acord a Ombuds Compañía de Seguridad, SA, i a la Central de Contractació de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.