



EB 2021/095

Resolución 140/2021, de 2 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.M.S. (persona física) contra el acuerdo de no formalizar el contrato de “Redacción del proyecto de ejecución, trabajos complementarios y dirección facultativa de las obras de rehabilitación de las alas norte y este del colegio de los Padres Paules para adaptarlo a un centro de 1 línea de educación infantil y primaria para CEIP Virgen del Oro de Murguía (Araba), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de mayo de 2021 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.J.M.S. (persona física) contra el acuerdo de no formalizar el contrato de “Redacción del proyecto de ejecución, trabajos complementarios y dirección facultativa de las obras de rehabilitación de las alas norte y este del colegio de los Padres Paules para adaptarlo a un centro de 1 línea de educación infantil y primaria para CEIP Virgen del Oro de Murguía (Araba), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

SEGUNDO: El mismo día 25 de mayo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 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). Dicha documentación se recibió entre los días 1 y 16 de junio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 31 de mayo no se ha recibido alegación alguna.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.M.S.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Por lo que se refiere a su inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, debe partirse de la base de que, si bien la literalidad de la decisión impugnada dispone “Proceder a la no adjudicación o celebración del contrato”, lo cierto es que el contrato se halla adjudicado mediante Resolución de la Directora de Régimen Jurídico y Servicios de fecha 8 de octubre de 2020 y que lo que la decisión recurrida persigue es dejar sin efecto la adjudicación ya dictada en favor del recurrente. El efecto natural de dicha adjudicación es, en principio, y de modo automático, la formalización en favor del adjudicatario, la cual supone la perfección del contrato (artículo 36.1 de la LCSP). Por ello, la decisión recurrida



debe entenderse incluida entre los actos de trámite recogidos en el artículo 44.2 b) de la LCSP, ya que decide “directa o indirectamente sobre la adjudicación” nada menos que privándola de su efecto más genuino, que es la formalización en favor del adjudicatario. Esta interpretación es, además, la más consecuente con el efecto útil de la Directiva 89/665/CEE (cuya incorporación al Derecho interno son los artículos 44 y siguientes de la LCSP), según se interpreta esta norma en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, especialmente en sus apartados 26 y 27; de ellos se deduce que todas las decisiones de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sean susceptibles de infringirlas, estarán sujetas al control jurisdiccional previsto en la citada Directiva, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase también la sentencia del TJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada, así como la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307, que admite expresamente el recurso al que se refiere la Directiva 89/665/CEE contra una decisión posterior a la adjudicación inicial y anterior a la perfección del contrato). Consecuentemente, dado que la denegación ilegal o arbitraria de la formalización del contrato sería una infracción del Derecho de la Unión y nacional de la contratación pública porque privaría ilícitamente al adjudicatario de obtener y ejecutar el contrato, debe considerarse que el acto impugnado se incluye dentro del ámbito objetivo del recurso especial. En este sentido se ha pronunciado con anterioridad este OARC / KEAO en su Resolución 94/2018.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) Los argumentos que aduce el poder adjudicador no cumplen los requisitos exigidos por el artículo 152.3 de la LCSP para la no celebración del contrato porque no obedecen exclusivamente a razones de interés público debido a que
- la necesidad de celebrar el contrato se debió a la existencia de un Centro (los Paules) que dispone de las instalaciones idóneas para albergar el Colegio Virgen de Oro que, según los artículos de prensa aportados junto al recurso, se halla en un estado precario y tiene carencias, limitaciones y falta de espacios acondicionados en patios, pero en ningún momento consta que la necesidad del proyecto derive de la falta de espacio de dicho colegio.
 - Tras dos años y dos meses desde la aprobación de la necesidad del contrato se decide su no celebración por la bajada de la matriculación y la previsión de la natalidad, sin ninguna otra consideración al respecto, ni facilitar la proporción o porcentaje en que ha bajado, siendo este mismo argumento utilizado para justificar la necesidad de remodelar el centro. Este período de tiempo alegado, habida cuenta de que se trata de una causa variable en el tiempo, no es suficiente para su valoración. Además, el contrato ha sido adjudicado recientemente, cuando la supuesta causa ya existía.



b) El artículo 152.3 de la LCSP exige “debida motivación” que no es alegar, sino probar.

c) Finalmente, solicita que se acuerde declarar no ajustada a derecho la Resolución por la que se acuerda la no adjudicación del contrato y, en consecuencia, se acuerde la formalización del contrato al recurrente como adjudicatario del mismo.

SEPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador no ha aportado un informe con el contenido requerido por el artículo 56.2 de la LCSP, sino que bajo el epígrafe de “Informe del poder adjudicador” ha adjuntado la Resolución de la Directora de Régimen Jurídico y Servicios por la que se acuerda no celebrar el contrato de referencia.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la pretensión del recurso consiste en que se proceda a la formalización del contrato ya adjudicado a favor de la recurrente por considerar que el Órgano de contratación no justifica su decisión de no formalizarlo en razones de interés público. El análisis del recurso debe partir de dicha justificación, que es la que figura en el antecedente de hecho decimoséptimo de la decisión recurrida:

El objeto del contrato era proyectar las obras de rehabilitación de las alas norte y este del colegio convento de los padres Paules para adaptarlo a un centro de 1 línea de educación infantil y primaria para el CEIP Virgen de Oro HLHI de Murgia, cuyo importe de licitación era de 544.500€, para ejecutar una obra estimada en 6.171.000€.

Teniendo en cuenta la necesidad de espacios con las previsiones de matriculaciones de 2018 el espacio que ocupa actualmente el CEIP Virgen del Oro HLHI no era suficiente, y por ello, se decidió trasladar este centro de la ubicación actual al convento de los padres Paules, y contratar la redacción el proyecto para habilitar el convento.



El proceso de licitación se ha retrasado por causas ajenas a esta Administración, por un lado, por el hecho de que ha habido varios recursos y por otro por la crisis sanitaria producido por el Covid-19.

Al volver a analizar las previsiones de matriculación se ha constatado, que no se han cumplido las previsiones de 2018; ya que, la matriculación de este centro ha bajado en estos 3 últimos cursos y analizando los datos de natalidad y tendencias a medio plazo, se concluye que la matriculación no va a aumentar en los próximos cursos, y por lo tanto, el edificio actual puede acoger a todo el alumnado de este centro, incluso se han podido retirar los módulos prefabricados que disponíamos al lado de ese edificio para poder albergar a parte del alumnado.

Por todo ello, y en aras de la eficiente utilización de los fondos públicos, se estima que procede la anulación de este expediente con objeto de destinar este dinero a obras de mayor interés público, aunque para ello haya que abonar alguna indemnización al adjudicatario.

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre ello.

a) Sobre la decisión de no formalizar el contrato

El artículo 152.3 de la LCSP permite que el poder adjudicador decida no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público, no pudiendo promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar tal decisión. Esta forma de finalizar el procedimiento de adjudicación se halla regulada básicamente en los mismos términos que el derogado TRLCSP por lo que es de aplicación toda la doctrina que al respecto ha desarrollado este OARC / KEAO (ver las Resoluciones 116/2013, 91/2015 y 31/2016) y que se resume en que se trata de una decisión basada en motivos de oportunidad que aconsejan no continuar el procedimiento de adjudicación, aunque tampoco puede descartarse que el poder adjudicador pueda usarla ilegítimamente para eludir el cumplimiento de una Resolución del OARC / KEAO o perjudicar a un licitador bien posicionado para obtener el contrato, situaciones que podrían calificarse como desviación de poder (artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa) o fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil); por ello, es fundamental en el análisis de la legalidad de la renuncia la verificación de la consistencia de los motivos de interés público alegados para sustentarla, que debe apreciar, entre



otras cosas, que dichos motivos sean coherentes con los hechos y el itinerario procedimental anteriores al acto ahora impugnado. A todo ello se debe añadir la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, apartado 31) que ha manifestado que la normativa sobre contratación pública europea no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves, así como que los procedimientos de recurso previstos en la Directiva 89/665 tienen por objeto el ejercicio de un control de legalidad y no de un control de oportunidad (apartado 44).

En suma, habida cuenta que la renuncia a celebrar el contrato es un acto discrecional del Órgano de contratación que por motivos de conveniencia considera adecuado no llegar a perfeccionar un contrato, este Órgano únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador (i) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de dicha potestad que, en el supuesto que nos ocupa, consiste en verificar si concurren razones de interés público y si éstas están debidamente justificadas en el expediente, (ii) si comprobara que la decisión es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, o (iii) si constatará la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública.

b) Sobre la justificación ofrecida

El poder adjudicador ofrece dos razones para no formalizar el contrato: (i) que varios recursos especiales han producido retrasos considerables en el expediente, que se inició en el año 2018, así como que (ii) la matriculación ha bajado en estos tres últimos cursos y que, analizando los datos de natalidad y tendencias a medio plazo se concluye que el edificio actual (se entiende que el CEIP Virgen de Oro de Murgia) puede acoger a todo el alumnado. La valoración que efectúa este Órgano por cada una de las dos razones aducidas es la siguiente:



b.1) En lo que respecta a los retrasos derivados de los recursos especiales

Al margen de los dos recursos especiales que se han interpuesto contra la decisión de no formalizar el contrato, son tres los recursos especiales que se han interpuesto en el procedimiento de adjudicación:

- El identificado como recurso número EB 2019/126, interpuesto por el ahora recurrente con fecha 16 de julio de 2019 contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación y que fue resuelto por Resolución 168/2019 de 10 de octubre, en sentido estimatorio.
- El recurso número EB 2019/203, interpuesto por el ahora recurrente con fecha 13 de diciembre de 2019 contra el acuerdo de adjudicación, que se resolvió en sentido estimatorio por la Resolución 21/2020, de fecha 31 de enero de 2020.
- El recurso número EB 2020/157 interpuesto por IMPAR RONCAL BASTERRA SLP con fecha 3 de noviembre de 2011 y que se inadmitió por la Resolución 13 de enero de 2021.

Pues bien, con independencia del número de recursos interpuestos, del sentido de las resoluciones o del tiempo que haya requerido su tramitación y resolución, este motivo no es una razón de interés público que pueda justificar de ninguna de las maneras la renuncia al contrato. Téngase en cuenta que el recurso especial es el remedio establecido por la normativa europea (Directiva 1989/665/CEE, de 21 de diciembre) para garantizar a los licitadores la posibilidad de impugnar las decisiones de los poderes adjudicadores contrarias al Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública y a las normas nacionales que lo incorporan en un momento en el que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse, siendo ésta la finalidad de interés público a proteger (ver la STS de 23 de octubre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:4223). Consecuentemente, el recurso especial es un mecanismo de garantía establecido en defensa de los recurrentes cuyas consecuencias sobre el



procedimiento de adjudicación el poder adjudicador tiene el deber jurídico de soportar.

Además de lo anterior, este Órgano debe señalar que los retrasos en la tramitación del procedimiento de adjudicación que nos ocupa son debidos en gran medida al tiempo que ha tardado el propio poder adjudicador en la ejecución de dos de las resoluciones que contenían pronunciamientos estimatorios de las pretensiones de la recurrente, por lo que el Órgano de contratación no puede basar la decisión de no formalizar en sus propios incumplimientos (que se han tenido que remediar a través del recurso especial) y en las demoras para subsanarlos.

b.2) En lo que respecta a la baja matriculación

La segunda razón o motivo alegado de forma sucinta y escueta por el poder adjudicador viene a señalar que las necesidades que pretendía satisfacer el contrato han variado debido a que la matriculación y los datos de natalidad y tendencias a medio plazo han bajado sensiblemente en los últimos tres años. Sobre este argumento, se observa lo siguiente:

- 1) Este OARC / KEAO considera que no concurre uno de los requisitos reglados que exige el artículo 152.3 de la LCSP para que dicha decisión no sea tachada de arbitraria. En concreto, en el expediente se alegan unas razones de interés público que motivan la no celebración del contrato, sobre las que no se han aportado las justificaciones necesarias. Así, se alude genéricamente a la caída de la matriculación y la baja tasa de natalidad como las razones que motivan la necesidad de la no formalización, pero no se aporta ningún dato o cálculo que sustente estas afirmaciones.
- 2) La afirmación tampoco puede ser contrastada o completada con la información contenida en la documentación obrante en el expediente



administrativo de contratación, pues en el remitido a este Órgano no consta la actuación preparatoria consistente en determinar las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado (artículo 28 de la LCSP; sobre la relevancia de este requisito, ver, por ejemplo, la STSJPV de 28/6/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:4209). Por su parte, en la cláusula II del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), bajo el epígrafe de “Necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato”, únicamente se efectúa una descripción de la intervención a proyectar y, si bien se especifica que la finalidad es la de trasladar el CEIP Virgen de Oro HLHI a las alas norte y este del colegio de los Padres Paules, no se detallan las razones a las que obedece esta decisión, que pueden ser de lo más variadas, como la falta de espacio o porque no cumple con las condiciones. Todo ello ha ocasionado que el recurrente haya tenido que acudir a hipótesis e informaciones no contenidas en el expediente administrativo para sustentar su recurso.

- 3) Debe señalarse que la necesidad de motivación o justificación de la decisión de no formalizar el contrato debe ser especialmente exigente en un supuesto como el que nos ocupa por darse dos circunstancias, relacionadas con el itinerario del procedimiento de adjudicación y los antecedentes del presente recurso:
 - (i) D. J.M.S. ha tenido que acudir al recuso especial en defensa de sus intereses en relación con dos de las decisiones adoptadas en el procedimiento de adjudicación por el poder adjudicador, la de desistir del procedimiento de adjudicación y la de adjudicar el contrato a otra empresa, obteniendo de este OARC / KEAO en ambos supuestos una resolución estimatoria a sus pretensiones (Resolución 168/2019 y Resolución 203/2019) y
 - (ii) el poder adjudicador ha decidido no formalizar el contrato (3 de mayo de 2021) transcurridos siete meses desde la adopción de la



decisión de su adjudicación (8 de octubre de 2020) y alegando motivos que no parecen haber surgido recientemente.

Sin embargo, el poder adjudicador no ha realizado un esfuerzo de motivación proporcionado a estas circunstancias, y ni siquiera ha aprovechado el trámite de contestación al recurso especial para ampliar la defensa del acto impugnado.

c) Conclusión

Consecuentemente, el recurso debe ser estimado y el acto impugnado, anulado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.J.M.S. (persona física) contra el acuerdo de no formalizar el contrato de “Redacción del proyecto de ejecución, trabajos complementarios y dirección facultativa de las obras de rehabilitación de las alas norte y este del colegio de los Padres Paules para adaptarlo a un centro de 1 línea de educación infantil y primaria para CEIP Virgen del Oro de Murguía (Araba), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación), anulando el acto impugnado.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: Contra la presente resolución, ejecutiva 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 el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko irailaren 2a
Vitoria-Gasteiz, 2 de septiembre de 2021