



EB 2022/023

Resolución 073/2022, de 26 de abril, 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 1 de febrero de 2022 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 1 de febrero 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 el día 2 de febrero.

TERCERO: No constan en el expediente más interesados que el recurrente y el poder adjudicador.

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, al igual que lo manifestado por este OARC / KEAO en la Resolución 140/2021 en relación con el recurso especial interpuesto por el actual recurrente frente a la decisión de fecha 3 de mayo de 2021 de no adjudicación o celebración de este mismo contrato, 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) Respecto de los argumentos que aduce el poder adjudicador para justificar por segunda vez la no celebración del contrato, se observan contradicciones e inexactitudes. En concreto,

- El nuevo Director de Infraestructuras del Departamento de Educación accedió al cargo en septiembre de 2021, en la misma fecha en la que el OARC / KEAO estimó el recurso contra el acuerdo de no formalizar el contrato (Resolución de 2 de septiembre de 2021), que se debería haber ejecutado a la mayor brevedad.
- En el acto impugnado se manifiesta que desde el Área de contratación se indica que “debido a diversos recursos, el proyecto no se ha adjudicado, pero ya está todo listo para ser adjudicado”, cuando el proyecto fue adjudicado un año antes a la recurrente (el 8/10/2020).
- Se alega que se acuerda no celebrar el contrato debido (i) al descenso en la matriculación y la natalidad y (ii) al deseo de aumentar el número de ciclos de Formación Profesional, lo cual resulta extemporáneo y es cosa juzgada. En particular,
 - No se pueden reiterar nuevamente las razones de la renuncia que fueron objeto de análisis en la Resolución del OARC / KEAO de



fecha 2/9/2021, que estimó el recurso especial contra la primera renuncia a la formalización del contrato.

- No se pueden volver a acordar la misma decisión en base a una situación existente con carácter previo a la misma, por ser una situación previa ya resuelta por la anterior Resolución del OARC / KEAO, que ya valoraba la situación de aquella época.
- Se reitera la baja matriculación, cuando ya ha sido valorada anteriormente por el OARC / KEAO.
- Si hubiera que analizar nuevamente en la actualidad los motivos invocados, tampoco se cumplirían las exigencias de interés público debidamente justificadas, dado que (i) no se aporta ninguna base, dato o prueba que conlleve el cumplimiento de la justificación, (ii) en lo que respecta a ubicar el centro de Formación Profesional en “Los Paúles”, se alega una pretensión o un deseo, lo cual no es una causa real, efectiva, existente y formalizada y (iii) existencia de contradicciones en la misma justificación, que inicialmente dice que se mantendrá el CEIP Virgen de Oro en su actual ubicación reformándolo para, a continuación, afirmar que existe voluntad de construir un IPI en una parcela propiedad del Ayuntamiento, como entre la justificación de esta renuncia con la anteriormente acordada en la que se indicaba que el referido CEIP no requería de reforma alguna. En cualquier caso, el artículo 152.3 de la LCSP no se limita a exigir motivación, sino que exige justificación.

b) Se quiere dejar constancia de la indefensión de la recurrente, que a lo largo del procedimiento de adjudicación ha tenido que interponer cuatro recursos contra diversas decisiones del poder adjudicador. En este sentido, a la vista de las anulaciones de estas decisiones por el OARC / KEAO y del tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento, no puede más que concluirse la actuación dilatoria y arbitraria en perjuicio del recurrente.



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 un documento que es la Memoria emitida con fecha 3 de enero de 2022 por el Director de Infraestructuras del Departamento de Educación sobre la decisión de no celebrar o formalizar el contrato de referencia.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A juicio de este OARC / KEAO, la pretensión de la recurrente consiste en la anulación de un acto dictado en sustitución de otro anulado por la Resolución 140/2021 del OARC / KEAO, por lo que el análisis de la cuestión planteada debe partir del contenido de dicha Resolución.

a) La Resolución 140/2021 del OARC / KEAO

La parte dispositiva de la Resolución 140/2021 establece lo siguiente:

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.



El acto anulado es el acuerdo de no formalización del contrato (de fecha 3 de mayo de 2021), y se basa en las siguientes consideraciones que se exponen de manera reducida:

- 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.
- Sobre las dos razones aducidas por el Órgano de contratación para renunciar a la formalización del contrato, las consideraciones de la Resolución 140/2021 del OARC / KEAO fueron las siguientes:
 - no es una razón de interés público que pueda justificar de ninguna de las maneras la renuncia al contrato que varios recursos especiales hayan producido retrasos considerables en el expediente de contratación.
 - el argumento de que la matriculación ha bajado en estos tres últimos cursos y que, analizados los datos de natalidad y tendencias a medio plazo, el edificio actual (se entiende que el CEIP Virgen de Oro de Murgia) puede acoger a todo el alumnado se desestimó por
 - (i) no concurrir 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,



- (ii) ser una afirmación que tampoco puede ser contrastada o completada con la información contenida en la documentación obrante en el expediente administrativo de contratación,
- (iii) considerar que la necesidad de motivación o justificación de la decisión de no formalizar el contrato debe ser especialmente exigente en un supuesto en el que J.M.S. ha tenido que acudir al recurso 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, y que la renuncia a la formalización del contrato se realiza transcurridos siete meses desde la adjudicación

b) Sobre si el acto impugnado (de fecha 11 de enero de 2022) puede sustituir el anulado por la Resolución 140/2021

La Resolución 140/2021 observa un vicio de forma en la decisión recurrida consistente en una motivación y justificación insuficiente limitándose a acordar su anulación y, si bien no acuerda expresamente la retroacción de actuaciones, ésta debe considerarse implícita o tácita, dado que dicha anulación no obedece a razones sustanciales o materiales. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el defecto formal se identifica con el procedimiento y con la exteriorización documental de la voluntad administrativa, por lo que la anulación de un acto por dichas razones no impide que la Administración dicte uno nuevo en los términos legalmente procedentes (si bien referido a la ejecución de sentencias, ver en este sentido la STS de 22 de diciembre de 2020 ECLI:ES:TS:2020:4401). Consecuentemente, cabe la retroacción del procedimiento al objeto de subsanar el vicio formal. En el supuesto que nos ocupa, la motivación adoptada tras retrotraer actuaciones ha sido ampliada con nuevos motivos y robustecida con justificaciones. Consecuentemente, no nos hallamos ante el incidente de ejecución al que se refiere el artículo 36.3 del real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos

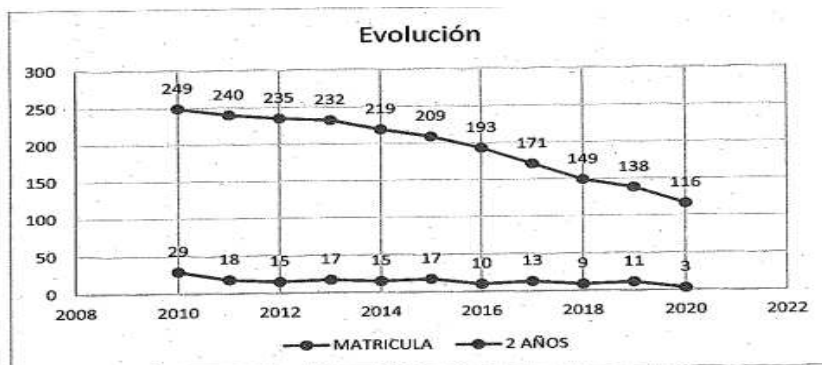


especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al que indirectamente parece aludir el recurrente, sino ante un recurso especial frente a un nuevo acto administrativo, por lo que no cabe oponer a este nuevo acto la excepción de cosa juzgada y procede analizar la justificación en él aportada de la motivación aducida en el primer acuerdo de no formalizar el contrato y los nuevos motivos.

c) Sobre la justificación ofrecida en la Resolución del Órgano de contratación de fecha 11 de enero de 2022

En la citada Resolución de 11 de enero de 2022, se alegan las siguientes razones para no proceder a la celebración o formalización del contrato que nos ocupa,

- La baja matriculación en el CEIP Virgen de Oro, que se refleja en el siguiente gráfico, y las previsiones de baja natalidad del EUSTAT



Fuente: 'Aplicativo de matrícula del Departamento de Educación'

- La Dirección de FP quiere aumentar el número de ciclos que se impartan en el IES Murgía, empezando por incorporar ciclos de la familia de la madera y en cursos posteriores una segunda familia de modo que se pueda crear un Centro Integrado de FP. Este nuevo escenario hizo que el departamento de Educación se replanteara la organización de las enseñanzas en el municipio y (i) proponer al Ayuntamiento el



mantenimiento del CEIP Virgen de Oro en su ubicación actual y (ii) permitir a la FP crecer en el espacio libre del IES Murgia

- d) Sobre la suficiencia de las justificaciones ofrecidas en la Resolución de 11 de enero de 2022, de no celebración del contrato

En resumen, el Órgano de contratación alega un cambio en las necesidades que motivaron el inicio del procedimiento de contratación, así como la idoneidad de su objeto para satisfacer las necesidades actuales. Este OARC / KEAO considera que el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) Frente a la alegación genérica de una baja matriculación efectuada en la primera renuncia a la formalización del contrato (Resolución 140/2021 de este OARC / KEAO), en la decisión que ahora se impugna consta la justificación de dicha afirmación, consistente en los datos facilitados por la aplicación informática del Departamento de Educación de la que se desprende una bajada constante y pronunciada en la matriculación de alumnos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que los motivos de la decisión de revocar una licitación pueden basarse en razones relacionadas, entre otras cosas, en la posible modificación del contexto económico o de las circunstancias de hecho, o incluso de las necesidades de la entidad adjudicadora de que se trata (ver, en este sentido, la STJUE de 11 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2435, apartado 35), siendo este último supuesto lo que el poder adjudicador ha justificado en el acuerdo ahora impugnado y, si bien la bajada de la matriculación no es una circunstancia reciente, lo cierto es que el gráfico aportado prueba dos extremos: (i) que dicha tendencia a la baja se mantiene durante el largo tiempo de tramitación del procedimiento de adjudicación y (ii) que el número absoluto de matriculaciones del año 2020 (116 más 3) justifica razonablemente el cambio de criterio de la decisión de trasladar el CEIP Virgen del Oro, pues el edificio en el que actualmente se halla es suficiente para alojar al número actual de niños, con independencia de las reformas



de modernización y acondicionamiento que hayan de realizarse para su adaptación a las necesidades de accesibilidad.

- 2) Si bien la justificación aportada puede ser considerada sucinta, lo cierto es que resulta suficiente. Aunque es cierto que este contrato, que únicamente cabe ser calificado de poco meditado e inidóneo y con un itinerario procedimental accidentado y errático, ha provocado que el recurrente haya tenido que acudir al recurso especial en defensa de sus intereses en relación con tres de las decisiones adoptadas en el procedimiento de adjudicación por el poder adjudicador, la de desistir del procedimiento de adjudicación, la de adjudicar el contrato a otra empresa y la de no formalizar el contrato, obteniendo de este OARC / KEAO en todos los supuestos una resolución estimatoria a sus pretensiones (Resolución 168/2019, Resolución 21/2020 y Resolución 140/2021), lo cierto es que un poder adjudicador no puede estar obligado a llevar a término y perfeccionar un procedimiento de adjudicación iniciado que no obedezca a sus necesidades. Téngase en cuenta que la finalidad del procedimiento de adjudicación de un contrato es satisfacer en las mejores condiciones posibles las necesidades del órgano de contratación, por lo que, si se alteran dichas necesidades, goza de la facultad de cancelar la licitación y de no llegar al perfeccionamiento del contrato. A este respecto, debe recordarse que el recurso especial es el ejercicio de un control de legalidad y no de un control de oportunidad (ver, en este sentido, la STJUE de 11 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2435, apartado 44).

- 3) Junto a la justificación de la baja matriculación en el CEIP el poder adjudicador alega otros motivos relacionados con la ampliación de la familia de los estudios de formación profesional y su futura ubicación en el edificio de Los Paules que el recurrente considera que, en lo que a la resolución del recurso se refiere, no resulta necesario su análisis, toda vez que este Órgano considera que el motivo de la bajada de la matriculación ha sido debidamente justificado.



e) Conclusión

Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado y la decisión de renuncia del contrato como ajustada a derecho, ya que el acuerdo impugnado justifica el cambio en las necesidades iniciales que motivaron el inicio del procedimiento de contratación.

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: Desestimar 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: 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, 2022ko apirilaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de abril de 2022