



EB 2023/065

Resolución 146/2023, de 21 de julio, 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 los concejales A.U.P. y G.E.A., contra el acuerdo plenario de adjudicación del contrato de “Obras del Proyecto de ejecución del Polidepotivo Urgozo”, tramitado por el Ayuntamiento de Amorebieta - Etxano.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de marzo de 2023 ha tenido entrada 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 los concejales A.U.P. y G.E.A. contra el acuerdo plenario de adjudicación del contrato de “Obras del Proyecto de ejecución del Polidepotivo Urgozo”, tramitado por el Ayuntamiento de Amorebieta - Etxano).

SEGUNDO: El día 20 de marzo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación y 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 22 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 24 de marzo, no se ha personado ninguno de ellos en el procedimiento de recurso especial.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

El artículo 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) establece que «junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: (...) b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.» Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.A.G. y que los concejales A.U.P. y G.E.A. han votado en contra del acuerdo impugnado, por lo que gozan de legitimación para la interposición del recurso.

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 obras cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

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, dentro de los quince días hábiles a contar desde la fecha de la sesión de la Corporación municipal que aprobó el acto impugnado (ver, en este sentido, la Resolución 110/2021 de este OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Amorebieta - Etxano tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

Resumidamente, los argumentos del recurso son los siguientes:

a) El acto que se está recurriendo es la Adjudicación de un contrato de obra. La Unidad Funcional objeto del contrato era la construcción del polideportivo Urgozo en su conjunto, con sus accesos urbanizados para que se pueda acceder a él, así como con la totalidad de las infraestructuras del edificio incluida la cancha de baloncesto y sus correspondientes gradas, canastas y demás equipamiento. Esto no se hizo de la manera proyectada inicialmente y se fracciono el contrato ajustando su valor estimado al umbral para evitar ser considerado como sujeto a regulación armonizada (SARA). Consecuentemente, se ha producido un acto nulo de pleno derecho, tal y como está recogido en el artículo 39 de la LCSP.

b) El proyecto de ejecución de las obras iniciales se ha modificado sustancialmente:

- Se ha pasado de un Valor Estimado de 3.000.000 € a 5.375.622 €
- Se ha ampliado de manera sustancial la superficie de construcción.
- Se ha modificado lo estipulado sobre el objeto del contrato, alterando el mismo y fraccionándolo.

c) Se han presentado dos ofertas al contrato de referencia. Resulta incomprensible que una de ellas haya ofertado la misma cifra que el presupuesto base de licitación, obteniendo en la valoración de este aspecto 0 puntos. Esta situación, sumada a que la empresa adjudicataria tiene cierto arraigo en Amorebieta, hace pensar que nos hallamos ante una conducta colusoria, por lo

que se solicita que el OARC considere si durante el procedimiento ha existido colusión y proceda a transmitirlo a la Autoridad competente.

d) Finalmente, solicita que

- tras los trámites oportunos se declare la nulidad de la Adjudicación de las obras del Proyecto de ejecución del Polideportivo Urgozo (Exp. 3862/2022) por los motivos expuestos y se vuelva a abrir un proceso de adjudicación de proyecto de ejecución que salvaguarde los principios inspirados en la LCSP y la LPC y respete los derechos fundamentales y el procedimiento.
- En caso de no anularse las actuaciones, se proceda a una nueva adjudicación del proyecto respetando la publicidad y concurrencia establecida, retrotrayéndose las actuaciones a dicho momento y publicando el anuncio en el DOUE.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Amorebieta - Etxano se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) Un presunto fraccionamiento de contrato es una circunstancia contractual que en ningún caso puede tener incidencia en el acto de adjudicación del contrato, que es el acto administrativo de contratación que ha sido recurrido porque tal fraccionamiento ya existiría el 25/11/2022, fecha de la aprobación del expediente de contratación. Por tanto, deberían haber hecho uso del recurso especial de contratación que expresamente se otorgó en punto tercero del Acuerdo plenario, todo ello para impugnar bien el anuncio de licitación, los pliegos o los documentos contractuales que establecieron las condiciones que debían regir el contrato.

b) El precio de licitación del contrato de obras quedó establecido en el Pliego regulador del contrato en 5.375.622,00 euros, es decir, inferior al importe de 5.382.000,00 euros según el cual un contrato estaba sometido a regulación

armonizada en el año 2022. Por tanto, no siendo un contrato SARA no resultó preceptiva su publicación en el DOUE, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 135 de la Ley 9/2017. En cualquier caso, de estar en desacuerdo, podían haber utilizado el recurso especial de contratación que se otorgó en el Acuerdo, impugnando el PCAP.

c) El recurso no menciona ningún incumplimiento del PCAP o PPT reguladoras del Contrato, ni tampoco se refieren al incumplimiento de ningún precepto de la LCSP.

d) Para pretender fundamentar su recurso los recurrentes se remontan al expediente de contratación nº AYT/657/2017: SERVICIO DE ASISTENCIA TÉCNICA PARA LA REDACCIÓN DE PROYECTO Y DIRECCIÓN DE OBRA DE UN EQUIPAMIENTO DEPORTIVO EN BETARRAGANE, que carece de relevancia jurídica alguna, toda vez que el acto que se está impugnando resulta ser la adjudicación del contrato de obras adjudicado el 24/02/2023 y no la modificación del contrato de asistencia técnica adjudicado hace casi seis (6) años.

e) Finalmente, el poder adjudicador efectúa dos alegaciones complementarias:

- El Ayuntamiento no ha incurrido en fraccionamiento de contrato en el expediente de contratación de las obras del Polideportivo de Urgozo, ya que
 - (i) el PPT para la contratación del Proyecto del año 2017 únicamente se refería a “la urbanización complementaria necesaria”, que se refería a los elementos directamente vinculados a las necesidades de funcionamiento del edificio como las propias acometidas, pero no a la urbanización del conjunto de parcela y
 - (ii) si bien se preveía el suministro de mobiliario, no parece sostenible que se plantee el fraccionamiento de un contrato de

obras recurriendo para ello a la obligación de tenerlo que fusionar con un contrato de suministro.

- Resulta ser falso que el Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano esté duplicando el gasto para la redacción del Proyecto de ejecución de las obras del entorno de la parcela SZDO del Sector Betarragane.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la impugnación se basa en (i) el fraccionamiento del contrato y (ii) una modificación sustancial del proyecto de ejecución de las obras.

Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre las cuestiones planteadas son las siguientes:

a) Sobre el fraccionamiento del contrato

Este motivo impugnatorio no puede prosperar por las siguientes razones:

- 1) El objeto del recurso es el Acuerdo plenario de fecha 24 de febrero de 2023, de adjudicación del contrato de “Obras del Proyecto de ejecución del Polidepotivo Urgozo” y la pretensión consiste en que se declare la nulidad de dicho acto administrativo por considerar que se ha fraccionado indebidamente su objeto al objeto de evitar su sujeción a la regulación armonizada de los contratos de obra argumentando, a tal efecto, las modificaciones que ha sufrido el proyecto de obras en sus sucesivas fases (anteproyecto, proyecto básico y proyecto de ejecución).
- 2) Los recurrentes pudieron apreciar el supuesto fraccionamiento del objeto del contrato en el momento de la aprobación de los pliegos (25/11/2022) y, sin embargo, no reaccionaron frente a ellos interponiendo el correspondiente recurso especial en materia de contratación. En este punto se hace preciso recordar la reiterada doctrina de este OARC/KEAO, plasmada en múltiples de sus resoluciones (por todas, la Resolución 138/2023) conforme a la cual, la regla general es que los pliegos, que son

susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que no se han interpuesto en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina, tradicional en nuestro Ordenamiento, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones..

- 3) Frente a lo especificado en el apartado 2) anterior, no se observa ni el recurrente alega más allá de una mera invocación a una supuesta nulidad, ninguna de las dos excepciones que pudieran sustentar un “recurso indirecto” frente a los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 106/2022, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196, que confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES: TSJPV:2019:1674, y la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO, y de 24/3/2021, ECLI:ESTS:2021:1199). En particular, no se alega ni oscuridad ni ambigüedad en las estipulaciones contractuales y no se argumenta ni se especifica en cuál de las causas de nulidad de pleno derecho a las que se refiere el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas incurre la infracción denunciada.

b) Sobre la modificación sustancial del proyecto de ejecución de las obras

Este motivo impugnatorio debe ser desestimado. Téngase en cuenta que el objeto del recurso es el Acuerdo plenario de fecha 24 de febrero de 2023, de adjudicación del contrato de “Obras del Proyecto de ejecución del Polideportivo Urgozo” y, la elaboración del proyecto de ejecución de las obras corresponde a otro (u otros) contratos, distintos al que nos ocupa. No cabe impugnar con ocasión de la adjudicación de un procedimiento de adjudicación la modificación sustancial de otro contrato distinto del primero. En el caso de considerar que mediante la modificación del contrato de redacción del proyecto de ejecución de las obras se estaba sustrayendo de la publicidad y concurrencia un contrato diferente al inicialmente pactado (artículo 44.2.d) en relación con el artículo 203.2, ambos de la LCSP), los recurrentes debieron de haber interpuesto el correspondiente recurso especial frente a dicha modificación.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores el recurso debe ser desestimado. Igualmente, debe rechazarse la solicitud de que este Órgano comunique a la autoridad de competencia que corresponda los indicios de prácticas colusorias que constarían en el expediente, ya que no se trata de una petición impugnatoria propia de un recurso, pues no se busca anular, revocar, sustituir o dejar sin efecto un acto administrativo. Téngase en cuenta que la recurrente alega prácticas colusorias en el procedimiento, pero de sus peticiones no se deduce que este Órgano deba tomar decisión alguna en virtud del principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) que conduzca, por ejemplo, a acordar la exclusión de licitadores en razón de dichas prácticas (ver, “sensu contrario”, la Resolución 93/2021 del OARC / KEAO), todo ello sin perjuicio de que este Órgano pueda comunicar lo que estime oportuno a la vista del artículo 132.3 de la LCSP u otras normas aplicables (ver, por ejemplo, el artículo 3.1 k) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) a la autoridad de competencia (ver, en este sentido la Resolución 208/2021 de este OARC / KEAO).

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por los concejales A.U.P. y G.E.A. contra el acuerdo plenario de adjudicación del contrato de “Obras del Proyecto de ejecución del Polideportivo Urgozo”, tramitado por el Ayuntamiento de Amorebieta - Etxano).

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: 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, 2023ko uztailaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de julio de 2023