



EB 2023/043

Resolución 091/2023, de 18 de mayo, 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 pública interpuesto por la mercantil OCÉANO OCIO Y GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L. contra el acuerdo de no adjudicación del contrato de “Servicio de pilates, danza, zumba, aerobio y gym dance”, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Eibar.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de marzo de 2023 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) un recurso en materia de contratación interpuesto por la mercantil OCÉANO OCIO Y GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L. (en adelante OCÉANO) contra el acuerdo de no adjudicación del contrato de “Servicio de pilates, danza, zumba, aerobio y gym dance”, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Eibar.

SEGUNDO: El día 3 de marzo 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 6 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 9 de marzo, no se han recibido alegaciones.





II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de F.C. G., que actúa en su nombre.

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 la impugnabilidad del acto, este OARC / KEAO ha venido señalando (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 88/2013, 20/2014, 31/2016 y 93/2022) que la renuncia a la adjudicación o a la celebración del contrato es un acto susceptible de recurso especial por exigirlo así una interpretación coherente y finalista del artículo 44.2 de la LCSP, cuyo objetivo es la trasposición de la legislación de la UE sobre la materia; téngase en cuenta que, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como la renuncia, impiden, no ya a un licitador, sino a todos ellos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho de la UE, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la legislación europea tenga un «efecto útil». En este sentido, «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar



sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan» (ver la STJUE de 18/6/2002, ECLI: EU: C: 2002: 379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55).

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Patronato Municipal de Deportes de Eibar tiene la condición de poder adjudicador.

SEXTO: Motivos del recurso

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

- a) Es posible el desistimiento del contrato, pero siempre en base a errores no subsanables en el procedimiento de licitación, no por cuestiones de oportunidad, según se expresa en el artículo 152 LCSP.
- b) El Ayuntamiento de Eibar justifica la renuncia del contrato en razones que nada tienen que ver con cuestiones relacionadas con el procedimiento de contratación, sino con otras cuestiones que tiene que ver con la disolución del Patronato Municipal y su funcionamiento.
- c) En el presente supuesto, las razones del desistimiento no se basan en la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, sino en las expuestas más arriba. Por ello, al no estar el procedimiento ante causas de nulidad o anulabilidad no



procede la renuncia del procedimiento de licitación del contrato, por lo que debe continuarse hasta su adjudicación, una vez resuelto el Recurso especial (EB 2022/172) interpuesto por la otra licitadora.

d) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la continuación del procedimiento de licitación hasta su adjudicación:

SÉPTIMO: Alegaciones del Ayuntamiento de Eibar

El Ayuntamiento se opone a la impugnación por los motivos que a continuación se resumen:

a) Con fecha 29 de agosto de 2022 el Patronato Municipal de Deportes de Eibar publicó el anuncio de licitación del presente contrato. Con posterioridad, el Patronato Municipal, tras su disolución, ha sido integrado en el Ayuntamiento de Eibar con efectos 1 de enero de 2023.

b) El recurso presentado por OCÉANO centra de modo equivocado el objeto de la cuestión, mediante una errónea interpretación de los diferentes apartados del artículo 152 LCSP. Así, confunde lo que sería el desistimiento del procedimiento regulado en el apartado 4º del artículo citado que expresamente se invoca en el recurso, con la decisión de no adjudicar el contrato por razones de interés público previsto en artículo 152.3, que es lo que ha acordado el Ayuntamiento. Es decir, en el presente supuesto nos hallamos ante una renuncia a la adjudicación del contrato y no ante un desistimiento del procedimiento, por lo que la doctrina y jurisprudencia citada por la recurrente no es aplicable por referirse al supuesto de desistimiento.

c) Por último, ha de indicarse que el interés público para la renuncia ha quedado totalmente acreditado y motivado a lo largo del expediente y también se cumple con la condición legal de no promoverse una nueva licitación, pues será el propio Ayuntamiento quien ofrezca el servicio de un modo directo.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso solicita la anulación del acto impugnado por entender que el desistimiento del contrato no se ajusta a derecho al no estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.

Antes de comenzar con el análisis sobre la viabilidad de la pretensión de la recurrente, procede referirse a dos cuestiones previas para centrar y delimitar el debate:

- 1) En primer lugar, y a pesar de que OCÉANO indica en su escrito de recurso que se encuentra pendiente de resolver el recurso especial EB 2022/172 interpuesto por otra licitadora, debe señalarse que con fecha 15 de febrero de 2023 este Órgano dictó y notificó a los interesados (entre ellos, obviamente, a la hoy recurrente) la Resolución 031/2023 que resolvía dicho recurso, y por la que se declaraba concluso el procedimiento del recurso especial en materia de contratación, por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas.
- 2) Por otra parte, y como bien indica el poder adjudicador, la recurrente confunde el desistimiento del contrato (decisión basada en motivos de legalidad) con la decisión de no adjudicarlo (decisión fundada en razones de interés público). Ahora bien, ambas decisiones implican la imposibilidad de continuar con la licitación y concluir con la formalización del contrato, que es lo pretendido por la recurrente, por lo que procede analizar la legalidad de la decisión no adjudicar el contrato tomada por el Ayuntamiento.

a) Sobre la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato: doctrina general

El artículo 152.3 de la LCSP permite que el poder adjudicador decida no adjudicar o no 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) por lo que es de aplicación la doctrina que al respecto ha desarrollado este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 93/2022 y las que en ella se citan) 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 anterior 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). Además, la sentencia del Tribunal Supremo de 9/6/2022, nº 714/2022, ECLI:ES:TS:2022:2422 establece que no es necesario que las razones de interés público invocadas para fundamentar la renuncia deban tener “un carácter sobrevenido o exógeno al propio procedimiento de licitación, en la medida que lo que resulta determinante es que dichas razones de interés público persistan antes de la culminación del procedimiento de adjudicación del contrato público”.



En suma, habida cuenta que la renuncia a celebrar o adjudicar el contrato es un acto discrecional del órgano de contratación que por motivos de conveniencia considera adecuado no llegar a perfeccionarlo, el OARC / KEAO 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 la potestad ejercida que, en el supuesto que nos ocupa, consiste en la existencia de razones de interés público debidamente justificadas en el expediente,
- (ii) si comprobara que la decisión es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique o 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.

Partiendo de esta base, debe analizarse primeramente los motivos que sustentan el acto impugnado para verificar su suficiencia para cumplir con lo dispuesto en el artículo 152.3 de la LCSP y posteriormente, en su caso, determinar si existe arbitrariedad en perjuicio de la recurrente o infracción de algún otro principio básico de la LCSP.

b) Sobre la motivación del acto impugnado

La renuncia a la adjudicación del contrato se fundamenta en la existencia de una serie de circunstancias sobrevenidas producto de la disolución del Patronato y su integración el Ayuntamiento que, obviamente, no pudieron ser tenidas en cuenta en la redacción de los pliegos del contrato impugnado, como son:



- en primer lugar, una vez aprobada la integración se han observado irregularidades en la gestión del personal de la contrata que en la actualidad está prestando el servicio, que tienen su origen en órdenes dadas por la Dirección del Patronato y que pudieran dar lugar a la obligación por parte del Ayuntamiento, de asumir los trabajadores de la contrata que en la actualidad está prestando el servicio.
- Y, en segundo lugar, porque se están revisando todos los servicios que ofrecía el Patronato disuelto y que no se estaban prestando directamente por personal propio, considerándose desde esta Alcaldía que aquéllos servicios que son prestados con estabilidad y en los que la gestión de personal no supondría excesivas dificultades para los servicios del departamento de personal del Ayuntamiento (como es el caso de la prestación del servicios de Pilates, danza, zumba, aerobio y gym dance), sería más eficiente que fueran prestados directamente con personal propio, lo que, en principio, debería suponer un ahorro, al no tener que abonar el Ayuntamiento el IVA ni el beneficio industrial del contratista.

A juicio de este Órgano, las citadas razones son suficientes para justificar el acto impugnado. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) La constatación de posibles irregularidades por parte de la Dirección del Patronato en la gestión del personal de la contrata que venía prestando el servicio y que puede conllevar a que el Ayuntamiento tenga que asumir en su plantilla a dichos trabajadores es una circunstancia que se produce una vez que se procede a la disolución del Patronato Municipal de Deportes y su integración en el propio Ayuntamiento que hace inconveniente la continuidad del procedimiento. En este sentido, parece razonable pensar que una necesidad de corregir la irregular gestión del personal surgida con posterioridad al inicio del procedimiento de adjudicación debe atenderse, lo que es coherente con el principio de la



eficiente utilización de los fondos públicos (ver, por ejemplo, el artículo 1 LCSP).

- 2) El segundo motivo de oportunidad alegado (la opción de prestar el servicio con personal propio) puede considerarse también incluido dentro de los que pueden sustentar el ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al Ayuntamiento de Eibar para determinar cómo desea prestar los servicios de su competencia y, por extensión, para decidir sobre la oportunidad de no celebrar el contrato si estima que ello no satisface el interés general.
- 3) Frente a lo expresado en los dos apartados anteriores, el recurrente no ha acreditado que la citada discrecionalidad técnica se haya ejercido incorrectamente por basarse en motivos inadecuados o no pertinentes. Como se ha dicho en el apartado relativo a las cuestiones previas, el recurrente fundamenta su recurso en base al desistimiento del procedimiento por infracciones legales no subsanables, por lo que, no siendo de aplicación ni los argumentos utilizados ni la doctrina y jurisprudencia invocadas, el correcto ejercicio de la discrecionalidad que ampara al poder adjudicador no ha sido desvirtuado, sin que este Órgano advierta infracción legal alguna en su ejercicio.
- 4) En definitiva, este Órgano considera que el poder adjudicador ha acreditado la existencia de razones de interés público para no adjudicar el contrato y que las mismas se encuentra debidamente justificadas o motivadas en el expediente, tal y como lo exige el apartado tercero del artículo 152 de la LCSP. Asimismo, y en cumplimiento de este mismo apartado, el hecho de que la prestación vaya a ser realizada por personal propio del Ayuntamiento descarta que se vaya a promover una nueva licitación.



c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en las letras a) a c) anteriores, el recurso debe desestimarse.

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 pública interpuesto por la mercantil OCÉANO OCIO Y GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L. contra el acuerdo de no adjudicación del contrato de “Servicio de pilates, danza, zumba, aerobio y gym dance”, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Eibar.

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, 2023ko maiatzaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de mayo de 2023