



EB 2014/166

Resolución 18/2015, de 11 de febrero de 2015, del Suplente del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularraren ordezkaria, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FERNANDO GOÑI CASTILLEJO y ÓPTIMA SPORT MEDIA, S.L. contra los pliegos del contrato “Redacción del proyecto, la ejecución de las obras de reforma y ampliación y la posterior explotación del estadio de Anoeta”, tramitado por la Sociedad Pública Municipal Anoetako Kiroldegia, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de diciembre de 2014 se presentó ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FERNANDO GOÑI CASTILLEJO y ÓPTIMA SPORT MEDIA, S.L. contra los pliegos del contrato “Redacción del proyecto, la ejecución de las obras de reforma y ampliación y la posterior explotación del estadio de Anoeta”, tramitado por la Sociedad Pública Municipal Anoetako Kiroldegia, S.A (en adelante, AK).

El día 29 de diciembre se dio traslado del recurso al poder adjudicador. El expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada en el registro del OARC / KEAO entre los días 30 de diciembre de 2014 y 23 de enero de 2015.

El titular del OARC / KEAO dictó el día 16 de enero de 2015 una Resolución por la que disponía su abstención de cualquier intervención en el procedimiento del recurso especial de referencia.



Mediante la Resolución B-BN 2/2015, de 2 de febrero de 2015, el OARC / KEAO acordó la suspensión de la tramitación del procedimiento sin afectar en ningún caso al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

SEGUNDO: No se ha personado en el procedimiento ningún interesado distinto de los recurrentes y del poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: De conformidad con lo previsto en el artículo 44. 4 a) del TRLCSP, queda acreditada en el expediente la representación del compareciente.

Por lo que se refiere a la legitimación, el recurso sostiene que la resolución que decida el procedimiento afectará directamente a las actividades profesionales de los recurrentes, pues es su intención preparar una Unión Temporal de Empresas (en adelante, UTE) capaz de ejecutar un contrato complejo; el señor Goñi, como abogado, analizaría los aspectos legales de la licitación y de la posible adjudicación (derechos de los actuales ocupantes del estadio, elaboración del Plan Especial...), mientras que la empresa ÓPTIMA se dedica, a través de sus filiales, al sector del deporte y a actividades como el desarrollo y ejecución de todo tipo de instalaciones deportivas, la gestión de complejos deportivos o la organización de eventos. El poder adjudicador entiende que el señor Goñi no está legitimado para recurrir porque los intereses profesionales que alega (la actividad de asesoramiento a las empresas interesadas en licitar) son muy indirectos y no están probados, por lo que no constan los “derechos o intereses legítimos que puedan ser afectados” por la resolución del procedimiento de recurso o por la licitación. Respecto a la empresa ÓPTIMA, se alega que no aporta los Estatutos que demuestren la vinculación de su objeto social a la licitación.



El análisis de la cuestión debe partir del artículo 42 TRLCSP, que establece que “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.” El concepto de “interés legítimo” se interpreta en el sentido de exigir que el acto impugnado pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir no meramente hipotético, potencial o futuro, en la esfera jurídica del que recurre. Se trata de acreditar la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, no necesariamente de contenido patrimonial, que se materializaría de prosperar ésta, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Esto última significa, en particular, que el interés legítimo no puede ser asimilado al del mero interés en la legalidad (ver las SSTC 60/82 y 257/88, y las SSTS de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003, así como la Resolución 110/2014 del OARC / KEAO).

En este caso, los recurrentes, que presentan una única impugnación, alegan que han empezado a trabajar en la creación de una UTE interesada en licitar y obtener el contrato, posibilidad que se ve obstaculizada por el clausulado de los pliegos cuya nulidad se reclama; una hipotética estimación del recurso satisfaría, pues, un interés legítimo tangible y concreto. Desde ese punto de vista, la cuestión no es esencialmente distinta a la apreciación de la legitimación de cualquier operador económico que impugna los pliegos de una licitación. La peculiaridad es que los signatarios tienen la intención de concurrir en UTE, lo que implica que la legitimación debe apreciarse analizando si los recurrentes podrían formular válidamente el compromiso al que se refiere el artículo 59.2 TRLCSP, requisito necesario y previo para ser admitidos a la licitación y, en su caso, ser adjudicatarios del contrato y materializar el interés alegado para recurrir. Para dicho análisis, hay que partir de que, de acuerdo con la Resolución 673/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante “TACRC” (ver también el informe 2/2015 de la Junta Asesora de la Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Euskadi), “todas las empresas que integran una UTE tienen que acreditar una



relación directa o indirecta entre su objeto social y las prestaciones incluidas en el objeto del contrato”. Esta relación es clara en el caso de OPTIMA, cuyo objeto comprende entre otras actividades, según el artículo 2 de sus Estatutos, “el desarrollo, implantación y construcción de pistas e instalaciones deportivas”, “la organización de eventos y espectáculos deportivos de todo tipo” y “la explotación...de cualquier tipo de negocio, café, bar, restaurante o local dedicado a la hostelería y restauración en general”, negocios que la empresa además podrá llevar a cabo directa o indirectamente, incluso mediante la participación en otras sociedades. En el caso del señor Goñi se alega la conexión entre su actividad profesional como abogado y los aspectos jurídicos de los derechos que tienen los actuales ocupantes del estadio y los relacionados con la posible adjudicación; al poder adjudicador esta conexión se le antoja excesivamente remota e insuficiente como para apreciar un verdadero interés legítimo. A juicio de este Órgano, no pueden considerarse como relacionadas con el objeto del contrato las actividades previas a su ejecución, como el asesoramiento para la correcta elaboración de las proposiciones, el estudio legal de los pliegos, el apoyo legal durante el procedimiento de adjudicación o la propia presentación de este recurso, y ello porque no se trata de prestaciones comprendidas en el objeto contractual, sino previas o colaterales al contrato. Es excesivamente remota la relación del recurrente con las incidencias jurídicas de la ejecución del contrato pues, por definición, cualquier relación contractual tiene aspectos jurídicos, incluso potencialmente litigiosos, lo que llevaría a la absurda conclusión de que los abogados pueden acudir a cualquier licitación y por lo tanto impugnar los pliegos de cualquier contrato. Por el contrario, un profesional del derecho desempeña una actividad relacionada con el objeto del contrato cuando éste prevé en su contenido prestaciones de tipo jurídico. Éste es precisamente el caso analizado, en el que el adjudicatario puede estar obligado a presentar un Plan Especial (cláusula 17 del pliego), documento urbanístico innegablemente jurídico en su contenido y tramitación. Por lo tanto, este OARC / KEAO entiende que ambos recurrentes gozan de legitimación suficiente.



SEGUNDO: El poder adjudicador se opone a la admisión del recurso por entender que su objeto no es uno de los actos recurribles recogidos en el artículo 40 TRLCSP. Se alega que se trata de “un contrato privado licitado por un poder adjudicador que no tiene naturaleza de Administración Pública”, que comprende varias prestaciones (redacción de proyectos, ejecución y dirección de obras, mantenimiento de instalaciones), siendo el objeto principal la explotación del Estadio de Anoeta a riesgo y ventura del adjudicatario, que deberá pagar un canon a cambio de ese derecho de explotación. Dado que la prestación económica más importante no es la ejecución de la obra de remodelación sino la explotación de la instalación deportiva, el contrato no puede calificarse como sujeto a regulación armonizada ni es un contrato de concesión de obra pública; este último tipo contractual solo puede celebrarse por las Administraciones Públicas, mientras que los demás poderes adjudicadores solo podrán celebrar contratos de objeto análogo pero sin las potestades exorbitantes propias del Derecho Administrativo, salvo que sean introducidas en el clausulado del negocio. Consecuentemente, una sociedad pública municipal que se rige por el derecho privado no puede celebrar contratos de concesión de obra pública.

Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 74/2013, 16/2014 y 9/2015) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que le haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar su contenido con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes.

En este sentido, del pliego se deduce que, entre otros, el contrato incluye los siguientes contenidos, relevantes para fijar su naturaleza jurídica a efectos de determinar su sujeción al recurso especial:



- El Pliego tiene por objeto la contratación de la explotación del Estadio de Anoeta con su remodelación; contempla, por tanto, la redacción del proyecto, la ejecución de las obras de reforma y ampliación y la posterior explotación de las instalaciones, así como la reforma del mini estadio de atletismo, obra considerada necesaria para el desarrollo de la remodelación del Estadio (cláusula 1ª).

- Durante la vigencia del contrato, el adjudicatario deberá (cláusula 1ª):
 - explotar las actividades del Estadio, sin término ni limitación, salvo las que establece el propio pliego; se incluyen tanto los derechos de explotación económica como los derechos de uso (cláusula 27ª).

 - prestar y desarrollar las actividades asumiendo el riesgo económico de la explotación y admitir la utilización por todo usuario en las condiciones establecidas y mediante el abono de las contraprestaciones económicas correspondientes.

 - adecuar, remodelar y modernizar las instalaciones existentes, ejecutando y pagando las obras objeto del contrato, respondiendo de su correcta ejecución.

 - conservar y mantener todas las instalaciones nuevas y aquéllas ya existentes que tras la remodelación permanezcan.

- El contrato tiene un plazo de duración prevista de 50 años, contados a partir de la fecha de formalización, aceptándose propuestas de duración inferior con un mínimo de 40 años (cláusula 5ª).

- El adjudicatario, además de asumir la financiación de la totalidad de las obras descritas en el pliego y los gastos de mantenimiento y explotación de las



instalaciones, deberá abonar un canon por la explotación y uso de las instalaciones (cláusula 6ª).

- El adjudicatario podrá hipotecar, con ciertas condiciones, el derecho real de uso (cláusula 37ª, apartado 2).

- AK entregará al adjudicatario 10.000.000 euros para la financiación de la obra, procedentes del Gobierno Vasco, según un convenio que se formalizará entre dicha Administración y el poder adjudicador (cláusula 2ª, apartado 2, y cláusula 22ª, apartado 3).

- El valor estimado del contrato asciende a 47.801.065 euros (cláusula 6ª, apartado 1).

De las citadas cláusulas y, en general, de toda la documentación aportada (incluyendo, por ejemplo, un informe que consta en el expediente y que incluso usa el término “concesión”), se deduce que el contrato es una concesión de obra, definida en el artículo 7.1 TRLCSP como aquél “que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.” Habida cuenta de su valor estimado, el contrato está sujeto a regulación armonizada (artículo 14.1 TRLCSP) e incluido en el ámbito objetivo del recurso especial (artículo 40.1 a) TRLCSP). No es impedimento para esta calificación el hecho de que no vaya a celebrarse por una Administración Pública sino por un poder adjudicador con forma de sociedad mercantil y que eso conlleve su carácter privado y no administrativo. La clasificación de los tipos contractuales contenida en los artículos 6 y siguientes del TRLCSP, que incorporan las definiciones del derecho comunitario, es independiente de la naturaleza administrativa o privada de los contratos, siendo esta distinción, que no aparece en el artículo 7.1 TRLCSP, irrelevante a estos



efectos. Debe señalarse que cuando el TRLCSP ha querido que el tipo de la entidad adjudicadora sea determinante para la delimitación del tipo contractual lo ha señalado expresamente: ése es el caso del contrato de gestión de servicio público (que solo puede celebrarse por una Administración Pública o por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, según el artículo 8.1 TRLCSP), o del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (que solo puede celebrarse por una Administración Pública o una Entidad pública empresarial o entidad autonómica similar, según el artículo 11.1 TRLCSP).

La discutible alegación del poder adjudicador de que, de las varias prestaciones que comprende el contrato, el objeto principal es la explotación del estadio a riesgo y ventura del adjudicatario durante un máximo de 50 años y a cambio de un canon (lo que implicaría, aunque no lo dice expresamente, calificar el contrato como concesión de servicios de un poder adjudicador que no es Administración Pública, tipo excluido actualmente del ámbito del recurso especial), solo podría llegar a ser considerada si previamente se aceptara que nos encontramos ante un contrato mixto. En un contrato mixto hay prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase (artículo 12 TRLCSP), y todas ellas están amalgamadas en el mismo contrato pero siendo reconocible su naturaleza, incluso aunque algunas de ellas sean accesorias respecto a la que constituye su objeto principal. En el caso analizado las prestaciones que son objeto del contrato no tienen ninguna independencia conceptual porque están ligadas entre ellas por el equilibrio económico propio de la figura de la concesión, no son prestaciones independientes sino contraprestaciones unas de otras, tanto en el sentido jurídico como en el financiero; así, es claro que la inversión que el contratista vaya a realizar para la elaboración de los proyectos y la ejecución de las obras supone un esfuerzo económico que espera inferior al rendimiento que habrá de obtener mediante la explotación del Estadio contra pago de un canon.



Por todo ello, el contrato debe considerarse incluido en el ámbito del recurso especial. La recalificación de la naturaleza del contrato es al único efecto de determinar la competencia del ÓARC / KEAO, sin que se extienda a otros aspectos del pliego que no han sido objeto de recurso porque así lo exige el principio de congruencia (artículo 47.2 TRLCSP).

TERCERO: El artículo 40.2 a) TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: AK tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) La cláusula 1 del Pliego vulnera el principio de libre concurrencia al respetar los derechos de los actuales usufructuarios y arrendatarios del Estadio. Esta cláusula remite al Anexo 2 del pliego para identificar los contratos vigentes, entre los que se encuentra el “Convenio de colaboración entre la Real Sociedad y AK firmado el 5 de agosto de 1993” (en adelante, “el convenio”), en el que configura un derecho de la Real Sociedad, Sociedad Anónima Deportiva (en adelante, “Real Sociedad” o “el club”) a usar el Estadio de forma exclusiva y gratuita hasta el año 2033 (en “todo lo relativo a la modalidad deportiva futbolística”), como contrapartida a la aportación de 3 millones de euros a la construcción del Estadio. Asimismo, el convenio establece que la Real Sociedad solo tendrá la obligación de contribuir con un 25% “en los gastos derivados de las grandes reparaciones del Estadio”. A juicio de los recurrentes, la imposición de tan gravosa obligación en favor de un club que ya ha expresado públicamente su intención de presentarse a la licitación es una discriminación prohibida por la legislación contractual. No es



viable que el adjudicatario recupere una inversión estimada en 47,8 millones de euros con los ingresos de explotación del Estadio si no va a recibir contraprestación alguna del principal usuario, la Real Sociedad, durante los primeros 18 años de vigencia del contrato. Por el contrario, la cláusula beneficia a la Real Sociedad, cuya participación en la licitación se da por segura, pues se le garantiza el uso del Estadio ampliado y reformado a precio muy bajo durante los próximos 50 años. Por todo ello, se estima que la cláusula debe modificarse para eliminar el derecho de uso del campo gratuitamente hasta la expiración de la duración del convenio de 1993.

b) El recurso alega que las cláusulas 10, 11 y 13 de los pliegos configuran un sistema discriminatorio y arbitrario de valoración de las ofertas que favorece a la Real Sociedad como único posible licitador que ha podido trabajar sobre la reforma del Estadio con mucha antelación:

- La cláusula 10 fija un plazo de 52 días hábiles, que es el mínimo legal que marca el TRLCSP para los contratos armonizados. La oferta debe contener la redacción de un proyecto, la ejecución de una obra de 45 millones de euros y un plan de explotación, por lo que el plazo se entiende insuficiente. Además, aunque, aparentemente el plazo no sea discriminatorio porque se aplica de igual modo a cualquier posible licitador, de hecho beneficia a la Real Sociedad, que viene trabajando con AK en la remodelación de Anoeta desde el año 2010, fecha en la que suscribieron un convenio con ese objeto; consta también que en abril de 2014 el club ya tenía configurado el proyecto que se presentaría a la licitación, lo filtró a la prensa y lo comunicó a la Asamblea de socios. El poder adjudicador, por su parte, pactó con el club las reglas de la presente licitación hace cuatro años, pero no facilita, con la concesión de un plazo tan breve de presentación de ofertas, la concurrencia de otros competidores; así, no se ha hecho uso del anuncio previo previsto en el artículo 141 TRLCSP.



- La cláusula 13 incide en la desigualdad al valorar con igual ponderación el elemento subjetivo (calidad de la memoria) que el elemento objetivo (oferta económica), y no se precisan los elementos que se van a valorar en el primero, pues solo se mencionan elementos indeterminados como “funcionalidad de la obra”, “viabilidad de la obra y el proceso de ejecución” o “explotación prevista”, factores subjetivos que facilitan la arbitrariedad y la inseguridad jurídica. Se incumple el artículo 134.2 TRLCSP al no preverse la intervención de un comité de expertos u organismo técnico especializado independiente.
 - La cláusula 11 solo busca la arbitrariedad y transgrede el artículo 134 TRLCSP; su regulación del Comité de Evaluación que debe emitir un “informe objetivo” sobre las proposiciones presentadas es insuficiente, pues no se recogen los elementos de valoración objetivables ni su ponderación relativa. En cuanto a la composición de este órgano, se observa que solo hay una persona con formación técnica específica, el Director de Infraestructuras municipal, siendo el resto de los miembros del área económica o jurídica. Ello supone que la selección del proyecto queda en manos de una única persona y no de las tres exigidas por el artículo 134.4 del TRLCSP. Además, existe una relación directa entre el citado Director y la arquitecta redactora del proyecto de la Real Sociedad, lo que pone en entredicho la neutralidad de ese miembro del Comité; en concreto, la relación consiste en que ambos actuaron conjuntamente como peritos judiciales en el procedimiento contencioso administrativo 252/2013, en que la Real Sociedad y el Ayuntamiento de Donostia eran codemandados. En ese pleito esos peritos defendieron la legalidad de la Modificación del Plan General de Anoeta pactada en el Convenio de 2010 antes mencionado. Todo ello es irracional y contrario a la seguridad jurídica.
- c) Las cláusulas 17, 19 y 51 reflejan que la obra es ilegal urbanísticamente, lo que supone una inseguridad jurídica inasumible para los licitadores. En estas



cláusulas se establece que, tras la adjudicación del concurso, se tenga que presentar y aprobar un Plan Especial para poder obtener la licencia que pide la cláusula 33, apartado 17, del pliego, lo que indica que la reforma del estadio que se está sometiendo a licitación no cumple con el vigente Plan General. Si en el plazo de un año desde la formalización del contrato el Ayuntamiento no aprueba el citado Plan, el contrato se resuelve y el adjudicatario no recibe indemnización alguna (debe tenerse en cuenta que, para entonces, el adjudicatario ha podido incurrir en fuertes gastos, como la elaboración del proyecto de ejecución, que vale más de un millón de euros). El objeto del contrato es ilegal urbanísticamente porque el Plan General consolida el Estadio en sus actuales parámetros reguladores (altura, planta...), por lo que hay que modificar la ficha urbanística mediante un Plan Especial que modifique el Plan General, de acuerdo con la Ley Vasca del Suelo. Lo normal sería que el propio Ayuntamiento (titular del dominio público) o AK modificaran la ficha, pero al delegar la modificación en el adjudicatario se abren varios interrogantes legales que provocan inseguridad jurídica y disuaden de licitar a quien no tenga garantías de que el Ayuntamiento va a interpretar el contrato de acuerdo a los intereses del adjudicatario, algo que sí tiene la Real Sociedad, que ha firmado convenios con AK en ese sentido. Las citadas interrogantes son las siguientes:

- Difícilmente se puede decir que el contrato tenga un objeto determinado (artículo 86 TRLCSP) cuando la realización del mismo depende de una previa modificación urbanística sin la cual la ejecución del contrato es ilegal.
- No constan las razones de interés general que aconsejan la modificación del Plan General, siendo de interés particular el motivo basado en la necesidad de cumplir un contrato. AK nunca ha puesto a disposición del público la discusión sobre las razones de interés general que avalan la propuesta de modificación del Estadio. En este mismo sentido, parece que



el cuidador del interés general no puede ser el adjudicatario (cuyo interés es privado) sino el Ayuntamiento.

- Es dudoso que el Ayuntamiento, propietario único de AK, pueda denegar la aprobación de un Plan Especial que AK ha aprobado, pues sería tanto como ir contra los propios actos.
 - El pliego no especifica quién asumiría los costes de la posible anulación judicial del Plan Especial; en cambio, sí se ha previsto que el adjudicatario no cobre indemnización si la no aprobación viene del Ayuntamiento.
- d) A pesar de la complejidad técnica del contrato, el Pliego no dice nada sobre cuestiones como el estado de la estructura del edificio, los cálculos y diseños de cimentaciones y estructuras o los planos del edificio realmente existente, no del proyectado, lo que obliga a licitar “a ciegas”. Por otro lado, el recurrente tiene la seguridad moral de que los arquitectos de la Real Sociedad han tenido acceso a la documentación técnica del actual Estadio, lo que es un motivo más de competencia desleal y un vacío que debieran cubrir unos nuevos pliegos.
- e) Finalmente, se solicita que se declaren nulas las cláusulas 1,10,11,13,17,19 y 51 del Pliego y se obligue al poder adjudicador a reelaborar el pliego en el sentido propuesto por el recurso, incluyendo la documentación técnica del edificio actual.

SÉPTIMO: Las alegaciones del poder adjudicador para fundamentar su oposición al recurso son, en resumen, las siguientes:

- a) La remodelación promovida obedece a un relevante interés público, tal y como se justifica en el informe suscrito por la gerente de AK.



- b) Es una premisa errónea que la imposición de la obligación de respetar los derechos de los actuales usufructuarios y arrendatarios supone una discriminación ilegal prohibida por los principios de contratación pública. Según un informe pericial que se adjunta, uno de los criterios de valoración del canon de uso es precisamente el de la utilización de la instalación, de tal modo que el valor económico que supone la carga de mantener los convenios suscritos previamente minora el canon. Consecuentemente, el punto de partida de cualquier licitador es el mismo, ya que en la determinación del canon se ha previsto tanto la reducción de la inversión como la minoración de los rendimientos del futuro concesionario por el mantenimiento de las actuales cesiones de uso, y no existe discriminación alguna. Por otro lado, la obligación de respetar los derechos de los actuales usuarios es una obligación legal derivada del contenido de los vigentes contratos de uso y arrendamiento.
- c) Dado que el contrato no puede calificarse como armonizado, los 52 días de plazo de presentación de proposiciones no son el plazo legal mínimo, sino otro muy superior, ya que las Instrucciones internas de AK fijan que el citado plazo “en ningún caso será inferior a quince (15) días, salvo que a juicio del Órgano de Contratación concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su reducción.” Asimismo, es público y notorio que AK ha venido trabajando en la remodelación del Estadio desde el año 2010, habiéndose llegado a tramitar un documento de modificación de elementos del Plan General que fue expuesto al público y que finalmente fue rechazado; cualquier posible licitador ha podido conocer desde hace años, a través de los medios de comunicación, la voluntad municipal, no siendo en absoluto una información privilegiada en manos de la Real Sociedad.
- d) La voluntad de AK ha sido la de permitir que cada licitador aporte libremente su solución, razón por la que no se ha optado por redactar previamente un anteproyecto o proyecto que sirva de guía a las proposiciones; en cualquier



caso, el Informe sobre la Remodelación del Estadio de Anoeta es una base técnica adecuada para promover la licitación.

- e) El artículo 150.2 TRLCSP permite que en una licitación se atribuya a los criterios evaluables mediante fórmula una ponderación inferior a la de los criterios discrecionales (en este caso, ni siquiera es inferior, es igual), debiendo en este caso constituirse un comité de expertos; sin embargo, el recurrente obvia que, según el artículo 191 TRLCSP, esta última prevención no es aplicable a un poder adjudicador que, como AK, no tiene la condición de Administración Pública. Por otro lado, no es cierto que los criterios de adjudicación no hayan sido ponderados en los Pliegos.
- f) Las afirmaciones sobre parcialidad del Director de Infraestructuras, cuya intervención en el proyecto siempre ha sido en defensa de los intereses municipales, son gratuitas y carentes de fundamento. La alegación de que solo uno de los miembros del Comité esté habilitado para informar sobre la memoria técnica contenida en las ofertas olvida que no es aplicable la regulación del Comité de Expertos y que puede, como órgano encargado de la valoración, solicitar cuantos informes técnicos precise.
- g) No es cierto que el objeto del contrato sea urbanísticamente ilegal; tal reproche podría predicarse de un acto de uso o transformación del suelo o de lo edificado sobre él en contra de las determinaciones urbanísticas vigentes, pero la licitación no da lugar a tal cosa. Se trata de promover un proceso de selección para adjudicar un contrato que en su desarrollo prevé la transformación de una edificación que deberá contar con todas las autorizaciones urbanísticas y medioambientales antes de su ejecución. El pliego permite el desarrollo de soluciones técnicas que incrementen la edificabilidad, siempre con carácter no lucrativo, en cuyo caso deberá presentarse un Plan Especial que aprobará la Administración.



- h) El proyecto de ejecución de la construcción del Estadio de Anoeta consta en las oficinas de AK y está disponible para todos los licitadores que lo soliciten, cosa que los recurrentes no han hecho, lo cual demuestra su falta de interés real en el contrato.

OCTAVO: En resumen, los recurrentes entienden que la cláusula 1 del pliego vulnera la libre competencia porque obliga a que “la intervención en el Estadio sea respetuosa con los derechos de los actuales usufructuarios y arrendatarios, siendo dichos derechos de cesión de uso y sus concretas condiciones los que resultan de los documentos que se adjuntan como Anexo 2.” Especialmente, el recurso se refiere al Convenio de colaboración entre la Real Sociedad y AK firmado el 5 de agosto de 1993 (en adelante, “el convenio”), cuyo contenido concedería al club unos derechos de uso sobre el Estadio que impiden que ningún otro posible adjudicatario pueda obtener de la explotación ingresos que hagan rentable el contrato.

El análisis de este motivo de impugnación requiere que este OARC / KEAO determine varias cuestiones. En primer lugar, debe aclararse si, efectivamente, a la vista de la cláusula impugnada y del convenio de colaboración, existe una ventaja de la Real Sociedad como posible licitador. En segundo lugar, si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa, debe analizarse si dicha ventaja es o no legítima, es decir, coherente o no con la legislación contractual y los principios que la rigen, y si el poder adjudicador está o no obligado a compensarla, anularla o no potenciarla.

Por su importancia para el caso, interesa señalar que el convenio contiene, entre otras, las siguientes estipulaciones:

- Como contrapartida a su contribución económica a la construcción del Estadio, se reconoce a la Real Sociedad el derecho a usar con carácter exclusivo y preferente el Estadio de Anoeta en todo lo relativo a la modalidad deportiva futbolística en los términos establecidos en el presente convenio (Estipulación primera).



- El uso del Estadio durará 25 años, si bien a la Real Sociedad se le reconoce el derecho de prórroga, que tendrá una duración de 15 años (Estipulación segunda).
- La Real Sociedad quedará obligada a participar en un 25% en los gastos derivados de las grandes reparaciones del Estadio (Estipulación segunda).
- La Real Sociedad corre con los gastos de mantenimiento, conservación y uso (Estipulación cuarta).
- El derecho a explotar económicamente los encuentros o partidos a celebrar en el Estadio comprenderá, entre otros apartados, la explotación de la publicidad estática y dinámica, la explotación de bares, la explotación del servicio de almohadillas, la explotación de los derechos de televisión, radiofónicos y afines, la explotación de los puestos exteriores de venta de bufandas, gorras, banderas y artículos similares, la explotación de las máquinas automáticas de expedición de bebidas y alimentos, la explotación de palcos, la explotación económica de entradas y abonos de los espectáculos deportivos, la explotación económica de marcadores y la explotación de apuestas (Estipulación quinta).
- La Real Sociedad dispondrá del Estadio, con exclusividad respecto a cualquier otra entidad o persona pública o privada, para la celebración en el mismo de cualquier tipo de espectáculo futbolístico y para la celebración de sus partidos oficiales de fútbol; el club solicitará autorización para cualesquiera usos no futbolísticos no previstos en el convenio (Estipulación décima).
- Serán por cuenta de la Real Sociedad los gastos de reforma del Estadio para adaptarlo a las disposiciones y acuerdos federativos, así como los gastos de reforma del terreno de juego ocasionados por el uso continuado y todas aquellas reformas derivadas de razones técnico – deportivas. Corresponderán a AK los gastos ocasionados como consecuencia de reformas sobrevenidas imputables a la propiedad (Estipulación undécima).
- Para cualesquiera reformas en las instalaciones del Estadio, AK se obliga a someter las mismas a consultas de la Real Sociedad (Estipulación undécima).



A la vista de todo ello, resulta imposible admitir, como argumenta el poder adjudicador, que la Real Sociedad está en el mismo punto de partida que cualquier otro posible licitador. El propio informe pericial sobre “Valoración de los derechos de uso y explotación del Estadio de Anoeta tras su remodelación” que se adjunta al expediente estima, con base en un documento municipal, que los derechos de uso y explotación del estadio objeto del convenio representan aproximadamente el 80% de los totales de la instalación, mientras que solo el restante 20% lo explota su propietario. Dado que el convenio finaliza su vigencia el año 2033, el adjudicatario no podría hacer uso durante aproximadamente los primeros 18 años de vigencia de la concesión de una parte amplísimamente mayoritaria de los derechos objeto del contrato, con todo lo que eso supone para el equilibrio económico y la rentabilidad del negocio. La situación no cambia porque el coste del respeto al convenio haya sido computado para fijar el canon minorando su cuantía, como afirma el informe pericial. Incluso suponiendo que los cálculos sean correctos y la citada cuantía permita que el contrato sea económicamente viable para cualquier operador económico, lo cierto es que no se anula la ventaja de la Real Sociedad, que es el único licitador que puede elaborar su oferta contando con que desde un primer momento va a poder explotar la totalidad de las actividades objeto del contrato. Sin embargo, el club puede aprovecharse como cualquier otro licitador de la minoración del canon a partir del año 40 de la concesión, luego la situación de igualdad en el negocio concesional no se logra. Consecuentemente, este OARC / KEAO considera que, a la vista de la documentación que consta en el expediente, es claro que la cláusula 1 del pliego atribuye a la Real Sociedad una cualificada ventaja respecto a cualquier otra empresa potencialmente interesada en la adjudicación del contrato. Debe añadirse que las ventajas del club no se agotan en esta circunstancia, pues la obligación de consultar con él las reformas que AK se proponga realizar en el Estadio podría habilitar a la Real Sociedad para opinar sobre los proyectos de sus posibles rivales en la licitación, algo totalmente contrario al principio de igualdad de trato. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de uso y explotación, el pliego no recoge esta circunstancia, por lo que este Órgano no puede, en este momento procesal, pronunciarse sobre la legalidad de cláusula o acto alguno. La citada obligación de consulta ha podido facilitar igualmente que la



Real Sociedad haya participado en la configuración de los documentos contractuales, pero ello no consta en el expediente, por lo que tampoco hay base para que este OARC / KEAO aprecie ahora la existencia de la incompatibilidad prevista en artículo 56.1 TRLCSP.

Determinada la existencia de ventajas para la Real Sociedad, procede analizar si son o no ajustadas a la legislación contractual; para ello, es necesario, primeramente, delimitar el alcance del principio de igualdad en el ámbito de la contratación pública. El artículo 1 TRLCSP habla del principio de “no discriminación e igualdad de trato” entre los candidatos, y el artículo 139 TRLCSP, inserto dentro de las disposiciones directivas de la adjudicación de los contratos públicos y cuyo título es precisamente “Principio de igualdad y transparencia”, establece que “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.” Parece pues que la igualdad que reclama el TRLCSP es, esencialmente, igualdad de trato a todos los operadores económicos que participan en el procedimiento de adjudicación. Esta igualdad de trato incluiría, entre otras cosas, que los criterios de solvencia y adjudicación que figuran en el pliego y que se vayan a emplear para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa no sean discriminatorios o arbitrarios y que sean aplicables del mismo modo a todos los operadores; asimismo, cuando ya se ha iniciado la licitación, el principio exige que las proposiciones sean valoradas aplicando los criterios de igual modo a todas las empresas. Lógicamente, en este momento procesal no puede emitirse ningún juicio sobre la corrección de la valoración de las ofertas, pero sí parece que, en principio, los criterios de solvencia y adjudicación elegidos cumplen con los requisitos citados (sin perjuicio de lo que se dirá en el fundamento jurídico noveno) y no favorecen o perjudican a ningún licitador o grupo de ellos por razones discriminatorias.

El principio de igualdad, entendido como idéntico trato a los operadores económicos, no obliga a que los poderes adjudicadores hagan un esfuerzo por borrar las diferencias entre ellos derivadas de sus distintas características como unidades productivas, diferencias que no dependen de la configuración del contrato o las



bases de la licitación, sino que son connaturales a la existencia de un mercado de oferentes de bienes y servicios en régimen de libre competencia. Así, hay empresas que tienen ventajas sobre otras porque sus medios técnicos y humanos están radicados muy cerca del lugar de ejecución del contrato y eso les ahorra gastos de transporte, otras pueden basar su competitividad en el uso de tecnologías o sistemas de organización especialmente eficientes, y en cambio otras han optado por rebajar costes utilizando maquinaria anticuada pero más barata. Estas diferencias son precisamente las que hacen que se presenten a una licitación diferentes ofertas competitivas y permiten que la entidad del sector público pueda elegir entre ellas la más ventajosa, por lo que su eliminación en el procedimiento de adjudicación ni siquiera sería deseable. Implícitamente, el poder adjudicador entiende que la situación de ventaja de la Real Sociedad parte de su situación como signataria del convenio, situación que la impugnada cláusula 1ª se limita a constatar, sin que quepa exigir a AK que no imponga el respeto al citado convenio (sería tanto como pedirle que lo incumpla) ni mucho menos que lo rescinda para reequilibrar la igualdad de partida entre los potenciales interesados en el contrato. Expresado en otros términos, AK estima que la cláusula 1ª sería simplemente el reconocimiento y recordatorio de una peculiaridad de la posición de la Real Sociedad como agente del mercado que las estipulaciones contractuales deben tener en cuenta, pero que AK no puede, ni debe, ni tiene por qué remediar por exigencia del principio de igualdad.

Es cierto que la igualdad de trato no pide que, en principio, el poder adjudicador borre las diferencias de partida entre los operadores económicos, tal y como se ha expresado en el párrafo anterior. Sin embargo, este Órgano entiende que deben tenerse en cuenta cuatro factores relevantes para analizar la legitimidad de la ventaja de la Real Sociedad y la actuación que ante ella debe adoptar AK: el primero, que el principio de igualdad de trato no se agota con su aplicación en el diseño de los criterios de selección y adjudicación y en la valoración de las ofertas, sino que se extiende también a la configuración del objeto contractual y a la elección de la fórmula jurídica elegida para materializarlo, de modo que tal configuración o elección no haga injustificada o desproporcionadamente valiosa una característica que solo un posible licitador ostenta; el segundo, que también es capital en este



asunto la salvaguarda de la libre competencia, principio que no solo consta en el artículo 1 TRLCSP, sino que es, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la base misma de la normativa europea sobre contratación que nuestra legislación contractual incorpora (ver, por ejemplo, las sentencias de 3 de marzo de 2005, asunto C-21/03, y de 16 de septiembre de 1999, asunto C- 27/98), y que obliga a procurar la máxima apertura del mercado de la compra pública; el tercero, que la actuación de los poderes adjudicadores está sujeta al principio de proporcionalidad (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 1989, asunto C-256/87), que implica que toda medida que se adopte sea necesaria y proporcionada al fin perseguido y, en el ámbito de las concesiones, que se concilien competencia y equilibrio financiero (ver el apartado 3.1.3 de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario, de 12 de abril de 2000, en adelante, “la Comunicación”); finalmente, la ventaja no radica en una característica de la Real Sociedad que la convierta en un agente del mercado especialmente apto, sino que se deriva de un convenio suscrito con el propio poder adjudicador. Para el análisis de estos factores y para determinar si el objeto y la forma contractual se ajustan a la normativa aplicable, el OARC / KEAO debe acudir a la documentación preparatoria a la que se refiere el artículo 22.1 TRLCSP. Este precepto establece que debe acreditarse en el expediente la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como, y esto es especialmente importante en este caso, la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. Partiendo de ese marco legal y de análisis, se exponen las consideraciones siguientes.

En conjunto, el convenio en liza configura una situación en la que la mayor parte de la explotación del Estadio está blindada en favor de la Real Sociedad hasta 2033, sin que ninguna otra empresa pueda acceder a ese negocio (y también, sin que el Ayuntamiento o AK puedan explotarlo directamente). Cuando todavía a ese convenio le queda un largo periodo de vigencia, se tramita una licitación, en la que el club parte con una ventaja cualificada, que supone que la explotación va a reservarse en exclusiva al adjudicatario por un mínimo de 40 y un máximo de 50 años. Es claro que la situación creada por el contrato proyectado no se corresponde



con la salvaguarda de la libre competencia e incrementa las ventajas ya concedidas por el convenio a la Real Sociedad; téngase en cuenta que, estando ya resuelta en su casi integridad hasta 2033 la cuestión de la explotación del servicio, no había ninguna necesidad que dicha explotación formara parte del contrato. Es llamativo que el informe de AK sostenga que el objeto principal del contrato es la explotación del servicio, porque en la documentación preparatoria consta un informe, también de AK, que el propio poder adjudicador (punto II.2 del “informe complementario”) considera justificativo de que “la remodelación promovida obedece a un relevante interés público”. Como su propio título indica (“Informe sobre la remodelación del Estadio de Anoeta”), se basa en las actuales “deficiencias” del Estadio y en la propuesta de remodelación que las remediaría, es decir, en la obra que se va a ejecutar, sin que se mencione el régimen de explotación. Llegados a este punto, cabe preguntarse cuál es la funcionalidad de sacar a licitación dicho régimen con unas cortapisas tan obvias como las impuestas por el convenio a cualquier licitador excepto la Real Sociedad. La única explicación posible es que la explotación se incluye dentro de un esquema concesional como compensación por las inversiones del adjudicatario. Sin embargo, ese mismo esquema concesional es favorable a la Real Sociedad al optimizar su posición de actual cesionario, olvidando que las concesiones de obra pública son contratos por los que se estructura un reparto de los riesgos del proyecto y en ellos tiene una importancia prioritaria proporcionar un negocio viable, fiable y en condiciones de igualdad a todos los licitadores y que les anime a presentar su oferta. Además, no es el único esquema contractual posible para la ejecución de las obras; AK podía haber optado, por ejemplo, por tramitar un contrato de obras (incluyendo en su caso el proyecto o licitando éste previamente) para la remodelación del Estadio y por continuar con el convenio vigente hasta 2033, para tramitar después, en su caso, la concesión de la explotación del servicio; este esquema no daría ventaja alguna a la Real Sociedad y los licitadores presentarían sus ofertas sin preocuparse por el efecto del convenio en el contrato, lo que presumiblemente aumentaría la concurrencia, con las ventajas que ello implica para la eficiencia de la compra pública. En lugar de eso, se ha preferido una modalidad contractual que favorece de salida a la Real Sociedad porque maximiza el valor de su posición de partida al incluir en la ecuación del negocio una explotación que ya



está casi totalmente atribuida por el convenio y que no es, por lo tanto, una exigencia de interés público, en perjuicio de otras posibilidades plenamente respetuosas con la igualdad y la libre competencia. Tampoco se ha respetado el principio de proporcionalidad, pues parece claro que la solución propuesta no es adecuada ni necesaria para la consecución del fin previsto, ni es la que menos perturba el ejercicio de la actividad económica (ver el punto 3.1.3 de la Comunicación y la jurisprudencia que cita). En conclusión, hay que decir que la situación de ventaja existe y que no es legítima porque ha sido creada y aumentada por el poder adjudicador sin que además conste justificación alguna.

Interesa resaltar que, a pesar del mandato del artículo 22.1 TRLCSP, y en contraste con la enorme relevancia económica y social del contrato, no hay en la documentación preparatoria explicaciones suficientes que permitan desvirtuar las conclusiones del párrafo anterior. Así, no consta una explicación que, tras comparar ambas posibilidades y, en su caso, otras más, justifique por qué se ha optado por un esquema concesional con preferencia a un contrato de obras, financiado directamente por el poder adjudicador. Puede suponerse que el motivo es que las obras no supongan gasto directo para AK, pero ello puede tener como contrapartida asumir un mayor coste a largo plazo, y no hay reflexión al respecto. Tampoco hay ninguna reflexión sobre el posible impacto de la operación en términos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012), ni un análisis del coste posible para los usuarios, incluida la Real Sociedad, cuando esa es una obligación incuestionable de una entidad concedente de una obra pública. Es clarificador contrastar la parquedad de la documentación preparatoria con los rigurosos requerimientos del artículo 128 TRLCSP sobre el contenido del Estudio de viabilidad de las concesiones de obra administrativas; a pesar de no ser aplicable a los contratos privados, como el analizado, marcan un camino claro para que se pueda considerar satisfecho el artículo 22.1 TRLCSP, precepto aplicable a todo el sector público. Se echa en falta, en todo caso, un estudio de viabilidad económico financiero de la explotación de un estadio multifuncional, como un elemento esencial del negocio, donde se fije el plazo la concesión sin trasgredir el principio de competencia. A mayor abundamiento, hay que señalar la importancia de



ese estudio que es del todo significativo y necesario para tener presente durante toda la vigencia del contrato el riesgo concesional que asumiría el adjudicatario y reflejar un principio fundamental como el del equilibrio económico, básico en un contrato como éste de larga duración; estas carencias pueden representar que se esté ante una licitación incompleta. En este sentido, el informe pericial aportado es claramente insuficiente.

Debe señalarse que, en este caso, la elección razonada de una u otra figura jurídica y la justificación de su idoneidad para el cumplimiento del interés público y de la misma viabilidad de la concesión es una cuestión capital, no solo por imperativo del citado artículo 22.1 TRLCSP, sino porque afecta a principios fundamentales de la contratación cuyo cumplimiento no se ha acreditado. Sin embargo, no hay en el expediente justificación que explique por qué la obra se ha ligado a la explotación sabiendo que ello favorece claramente a un licitador, no solo potencial, sino más que previsible. Además, la falta de una adecuada documentación preparatoria también infringe el principio de transparencia, pues no facilita a las empresas el trabajo de elaboración de las proposiciones, en contradicción con el carácter colaborativo del negocio concesional. Debe recordarse que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad para configurar el objeto del contrato, ésta no es ilimitada, y debe respetar, entre otras cosas, el deber de motivación establecido en el artículo 22.1 TRLCSP y la normativa aplicable.

Finalmente, no puede dejar de señalarse también el contraste entre la preocupación que la cláusula 1 muestra por dejar indemnes los derechos de uso reconocidos en el convenio y la falta de mención en los pliegos a otras estipulaciones del mismo convenio que imponen a la Real Sociedad la obligación de financiar el 25 % de las grandes reparaciones del Estadio o la totalidad de las reformas motivadas por la adaptación a disposiciones y acuerdos federativos o por razones técnico – deportivas; de la lectura del informe de AK sobre la remodelación se deduce que una buena parte de las obras entran en alguno de estos supuestos. Es de suponer que estas estipulaciones se habrían hecho valer para la financiación compartida de un contrato de obras, y en cambio, en el negocio concesional propuesto no se



mencionan, quizás porque en una concesión el adjudicatario ya financia las obras en su integridad, pero lo cierto es que tal omisión, de hecho, libera a la Real Sociedad de una obligación previamente contraída y le compensa de una desventaja económica como posible licitador, sin que eso mismo suceda en el caso de las obligaciones impuestas a AK y a otro adjudicatario cualquiera por el convenio. Todo ello abunda en la situación de ventaja ilegítima. También es llamativo que el mantenimiento de las instalaciones, obligación del club según el convenio, se asuma por el adjudicatario del contrato que, en cambio, debe soportar los derechos concedidos por ese mismo convenio.

Por todo ello, el motivo de impugnación debe aceptarse, si bien los motivos de nulidad apreciados van más allá del alcance de la cláusula 1ª, como se explicará en el fundamento jurídico duodécimo.

NOVENO: Los recurrentes entienden que los pliegos configuran un sistema discriminatorio y arbitrario de valoración de las ofertas; en concreto, se critica la brevedad del plazo de presentación de ofertas, el hecho de que se valoren igualmente la oferta económica y la calidad técnica de la proposición y diversos aspectos de la composición del comité de evaluación previsto en los pliegos. A continuación se analizan los citados reproches:

- a) La cláusula 10 del pliego establece que los licitadores deberán entregar o enviar por correo sus proposiciones en el plazo de 52 días hábiles desde la fecha de envío al DOUE. De acuerdo con el artículo 159.1 TRLCSP, “en procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a cincuenta y dos días, contados desde la fecha del envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea.” Este plazo se reduce si se ofrece acceso por medios electrónicos a los pliegos y a la documentación complementaria (cinco días menos) y si los anuncios se preparan y envían por medios electrónicos, informáticos o telemáticos (siete días menos), hasta un total máximo de 40 días. De acuerdo con la Disposición Adicional Duodécima del TRLCSP, “los



plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que sólo deben computarse los días hábiles.” Por lo tanto, el plazo de entrega de las proposiciones fijado en 52 días hábiles por el órgano de contratación (equivalentes a 64 días naturales) es superior al exigido por el TRLCSP, ya que este último se computa en días naturales. No cabe duda de que ello es plenamente legal, ya que el artículo 159.2 TRLCSP habla de un plazo “no inferior a...”, por lo que se trata de un plazo mínimo y otro mayor es también lícito; es más, dicho plazo adicional puede ser necesario para obtener una concurrencia suficiente y de calidad, habida cuenta de la especial complejidad del contrato y del tiempo estimado necesario para confeccionar las ofertas (ver, por ejemplo, el artículo 38.1 de la Directiva 2004/18, norma comunitaria que el TRLCSP incorpora y que por lo tanto debe servir como parámetro para su interpretación).

Analizado el contrato que es objeto de la presente resolución, no se puede negar su especial complejidad, pero también es cierto que el poder adjudicador ha concedido un plazo de presentación de ofertas superior al mínimo exigible, por lo que difícilmente se le puede achacar que haya tratado de restringir la competencia por esa vía, sobre todo teniendo en cuenta que los recurrentes tampoco han concretado y justificado qué plazo hubieran considerado adecuado. Finalmente, hay que recordar que el anuncio previo al que se refiere el artículo 141 TRLCSP no es preceptivo sino voluntario para el órgano de contratación, y su omisión no tiene más consecuencia legal que la de no poder aprovechar las reducciones de plazo en la presentación de ofertas que posibilita (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de septiembre de 2.000, asunto C-225/98).

- b) La cláusula 13ª del pliego establece los criterios de adjudicación y su ponderación; con un 50 % de la ponderación total figura un criterio aritmético que valora el canon de explotación ofertado, mientras que la memoria técnica y económica se puntuará según apreciación subjetiva con un máximo de 50



puntos. En principio, no hay nada jurídicamente reprochable en que los criterios sujetos a juicio de valor tengan igual o mayor peso relativo en la adjudicación que los criterios sujetos a evaluación mediante una fórmula, por mucho que el artículo 150.2 TRLCSP manifieste cierta preferencia por estos últimos; antes bien, el propio artículo 150.2 TRLCSP prevé que tal cosa puede suceder. Tampoco se observa, ni los recurrentes han acreditado, ninguna arbitrariedad en la elección de los criterios, ni hay nada que haga suponer que alguna arbitrariedad derivada de los criterios vaya a producirse en el procedimiento de adjudicación (ver la Resolución 7/2014 del OARC / KEAO). Por otro lado, el comité de expertos u organismo técnico especializado al que se refiere el artículo 150.2 TRLCSP, que debe constituirse para valorar los criterios sujetos a apreciación subjetiva cuando éstos tengan una ponderación superior a la de los criterios sujetos a fórmulas, no es preceptivo en los procedimientos de adjudicación tramitados por los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración Pública (artículo 190.1 a) TRLCSP).

Respecto a la descripción de los criterios sujetos a juicio de valor, que los recurrentes consideran excesivamente indeterminados, la cláusula 13.1 b) del pliego establece lo siguiente:

“La Memoria Técnica y Económica se valorará, hasta un máximo de 50 puntos. Para su puntuación se tendrá en cuenta la funcionalidad que se logra, la explotación prevista, la coherencia y viabilidad de las obras, la viabilidad del proceso de ejecución, la solidez de las previsiones económicas y las garantías financieras que ofrece.”

Según la jurisprudencia europea (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99), los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos en su descripción que no vinculen en absoluto al poder adjudicador a la hora de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. De la lectura de la cláusula 13.1 b) del pliego no se deduce que en este caso exista, salvo en el subcriterio que luego



se mencionará, dicha falta de vinculación, pues se fijan, aunque sea de forma breve, los aspectos de la oferta que van a ser utilizados y desarrollados en la valoración. Debe tenerse en cuenta que es perfectamente posible que la ponderación global atribuida a un criterio sea posteriormente repartida entre varios subcriterios de adjudicación previamente establecidos en los pliegos, siempre que con ello no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, no se introduzcan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y siempre que no se adopte la decisión teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04). Además, la cláusula 13.1 b), ciertamente escueta, debe entenderse en conjunto con la más concreta y desarrollada cláusula 9.3, la cual determina el contenido que debe tener la Memoria Técnica y Económica que se incluya en la proposición; a juicio de este Órgano, ambas estipulaciones componen un marco en principio suficiente para impedir la arbitrariedad del órgano de contratación, sin perjuicio de que el acto de adjudicación deba estar adecuadamente motivado por referencia a los criterios de valoración (artículo 151.4 TRLCSP).

A juicio de este OARC / KEAO, el único subcriterio que no cumple con el requisito de no permitir al órgano de contratación el ejercicio de una facultad arbitraria para adjudicar el contrato es el de la “explotación prevista”; dicho término describe una parte del objeto del contrato, pero no sirve como criterio de valoración, pues en nada se indica qué contenido ha de tener dicha explotación para merecer una consideración positiva del comité de evaluación; en este caso, la cláusula 9.3 tampoco añade información relevante a esta mínima mención, ya que se limita a establecer que la proposición incluirá una “memoria comprensiva de los términos en los que se desarrollará la explotación”, pero sin incluir ningún elemento valorativo. Debe matizarse que es perfectamente posible valorar el contenido del plan de



explotación, pero para ello debe establecerse, aunque sea brevemente, que aspectos del mismo van a ser merecedores de una alta puntuación, es decir, debe indicarse qué características del plan se van a considerarse como propias de una oferta económicamente ventajosa (ver, por ejemplo, el informe 30/2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). Consecuentemente, este inciso de la cláusula 13.1 b) debe ser anulado, desestimándose el motivo de impugnación en todo lo demás.

- c) Por lo que se refiere al Comité de Evaluación, los recurrentes lo critican por dos razones: por un lado, se considera que no está formado por personas con formación técnica específica en la materia objeto del contrato, salvo el Director de Infraestructuras del Ayuntamiento; por otro lado, se denuncia que el citado director y la arquitecta redactora del proyecto de la Real Sociedad tienen un vínculo estrecho consistente en su actuación conjunta como peritos en un pleito en el que el club y el Ayuntamiento actuaron como codemandados.

Respecto a la primera alegación, debe partirse de la base de que, para los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública, el TRLCSP no establece la preceptiva participación de un órgano de evaluación de las ofertas compuesto por empleados públicos dotados de una cierta cualificación técnica, como son, por ejemplo, las Mesas de Contratación (artículo 320 TRLCSP). Incidiendo en esta materia, el artículo 151.1 TRLCSP se limita a decir que, para realizar la clasificación de las proposiciones según los criterios de adjudicación, el órgano de contratación podrá solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes. Por lo tanto, el comité de evaluación creado en la cláusula 11ª no es una figura obligatoria, ni su composición ni la cualificación de sus miembros está sometida a ninguna norma imperativa. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe desestimarse.

Por lo que se refiere al “conflicto de intereses” creado por la relación entre el Director de Infraestructuras y la arquitecta redactora del proyecto de la Real



Sociedad, debe señalarse que el supuesto de hecho en el que se fundamenta es, en este momento procesal, meramente hipotético. No puede descalificarse “a priori” la intervención de una persona en un procedimiento de adjudicación por un presunto conflicto de intereses con un operador económico que todavía no ha materializado su oferta, por lo que tampoco ha habido lugar a valorarla. En esas circunstancias, es claro que ni el citado conflicto ni el presunto daño que se pretende evitar (la hipotética evaluación tendenciosa de las proposiciones) se han producido aún y es posible, además, que ni siquiera lleguen nunca a producirse. Será dentro del procedimiento de adjudicación cuando, en su caso, los interesados expongan al órgano de contratación su estimación de que la intervención de cierta persona en la evaluación de las ofertas supone una infracción del principio de igualdad de trato de todos los licitadores y, en última instancia, puedan interponer con ese motivo los recursos o alegaciones procedentes. Por otro lado, llama la atención que los recurrentes den por hecho quién es la arquitecta redactora de un proyecto integrado en una oferta aún no presentada y que no se argumente suficientemente el vínculo entre el hecho de que el Director de Infraestructuras y la citada arquitecta intervinieran como peritos en un pleito y la supuesta falta de objetividad del primero en el procedimiento de adjudicación analizado. Por todo ello, este motivo debe también desestimarse.

DÉCIMO: El recurso considera, en síntesis, que el objeto del contrato es ilegal porque su ejecución es contraria a la legalidad urbanística vigente, cuya modificación es precisamente una parte de las prestaciones que el contratista debe asumir; ello provoca otros problemas, como la falta de seguridad jurídica creada por el hecho de que el Ayuntamiento puede no aprobar la citada modificación.

El análisis de este motivo de recurso debe partir del contenido de los siguientes apartados del pliego, impugnados en el recurso:



- Entre los documentos que el adjudicatario entregará en el plazo máximo de cuatro meses contados a partir de la fecha de formalización del contrato figura “en su caso, el Plan Especial”, al que AK deberá dar su conformidad, sin perjuicio de sus aprobaciones por las Administraciones competentes. Si en el plazo máximo de un año desde la formalización del contrato no se obtuviera la aprobación del Plan Especial por parte del Ayuntamiento, se resolverá el contrato, sin consecuencia económica alguna para AK, salvo la devolución de las garantías aportadas por la adjudicataria (Cláusulas 17ª y 51ª).
- En el caso de que el Proyecto de ejecución, que deberá respetar las determinaciones urbanísticas de carácter estructural, lo precisara, el adjudicatario presentará junto con el mismo el documento de ordenación pormenorizada, Estudio de detalle o Plan Especial que fuera preciso para la adecuación urbanística del mismo (Cláusula 19ª).

A la vista de lo anterior, es cierta la observación del poder adjudicador de que no se prevé en el objeto del contrato ninguna actuación contraria a las determinaciones urbanísticas: precisamente para evitarla se prevé la tramitación de una modificación del planeamiento que permita la adecuación a ellas del proyecto presentado por el adjudicatario. Sin embargo, no radica ahí, a juicio de este Órgano, lo inaceptable de las cláusulas impugnadas. El Plan Especial es un documento urbanístico que permite la alteración de cierto contenido no esencial del Plan General de Ordenación Urbana, y cuya aprobación compete al Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián (artículo 97 y concordantes de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo). Téngase en cuenta que, al tratarse del ejercicio de una facultad discrecional, es perfectamente posible incluso el rechazo de un proyecto de Plan Especial ajustado a la legalidad alegando razones de oportunidad. El Ayuntamiento es el titular de la totalidad del capital social de AK, que no es más que un instrumento de su actuación en materia de equipamientos y servicios deportivos, por lo que no puede decirse que ambos tengan voluntades distintas. Consecuentemente, las cláusulas impugnadas conceden al poder adjudicador la posibilidad de resolver el contrato unilateralmente usando de sus potestades en materia urbanística, sin que medie ninguna culpa o



ejecución defectuosa imputable al adjudicatario y sin que ello suponga ninguna obligación de compensar al contratista por los cuantiosos daños que, con toda certeza, le ocasionaría la ruptura del contrato (gastos financieros o de elaboración del proyecto o el Plan, por ejemplo). Todo ello equivale, de hecho, a posibilitar que el órgano de contratación revoque libremente la adjudicación. Dicha posibilidad implica desvirtuar todo el procedimiento de contratación, ya que su objetivo último, la selección de la oferta económicamente más ventajosa, puede verse luego anulado unilateralmente por el poder adjudicador, que puede dejar sin efecto la elección. La situación es especialmente grave porque el clausulado del pliego, claramente abusivo en este punto, no anuda a la revocación ninguna consecuencia onerosa que pueda desincentivar a quien la pretende dictar. Debe recordarse que la prohibición de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes es un principio básico del derecho de obligaciones (artículo 1.256 del Código Civil). Asimismo, el artículo 2.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que los contratos no pueden quedar, en general, supeditados a indicaciones del poder adjudicador posteriores a su perfección, por lo que es fácil deducir que es aún más intolerable que éste pueda decidir libremente sobre la continuidad del vínculo negocial. Las cláusulas impugnadas son, además, contrarias al principio de salvaguarda de la libre competencia (artículo 1 TRLCSP), porque crean una incertidumbre sobre el contrato susceptible de desanimar a los operadores económicos potencialmente interesados de su intención de presentar una oferta.

En consecuencia, debe aceptarse la pretensión del recurso de anulación de las cláusulas 17, 19 y 51 del pliego.

UNDÉCIMO: Los recurrentes denuncian el contraste de la gran dificultad técnica y el elevado volumen económico del contrato con la falta de información en los pliegos de datos como el estado de la estructura o los planos reales del edificio, lo que lleva a que los licitadores tengan que “diseñar a ciegas”; además, se tiene la “certeza moral” de que los arquitectos de la Real Sociedad han tenido acceso a la documentación técnica del actual Estadio.



Como señala la Resolución 927/2014 del TACRC, el TRLCSP no impone la obligación de publicar toda la información relativa a un procedimiento, siendo suficiente publicar el anuncio de licitación al que se refiere el artículo 142 TRLCSP. Además, el artículo 158 TRLCSP establece que cualquier información adicional que sea necesaria para formular la oferta puede ser solicitada por los interesados en participar en la licitación con la antelación que el órgano de contratación, a la vista de las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos. La información deberá facilitarse, al menos, seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de ofertas. Cuando no se haya proporcionado en los plazos fijados en el anuncio, el plazo para la presentación de ofertas se prorrogará a fin de que todos los interesados puedan disponer de la información necesaria para presentar las ofertas. De todo ello se deduce que, si los recurrentes o cualquier otro interesado desean obtener información adicional, el cauce legal es el de formular la solicitud prevista en el citado artículo 158 TRLCSP, pero no cabe reproche alguno al órgano de contratación por no exhibir desde un principio los documentos mencionados en el recurso.

Por lo que se refiere a la afirmación sobre el acceso de los arquitectos de la Real Sociedad a la documentación técnica del Estadio, basado en una “seguridad moral”, se trata de una mera conjetura que este OARC / KEAO no puede tener en cuenta. Además, tal acceso, de haberse producido, no demostraría sin más un trato desigual a los posibles licitadores, ya que nada hace pensar que no se le hubiera facilitado también a los recurrentes si lo hubieran pedido.

Por todo ello, este motivo de recurso debe rechazarse.

DUODÉCIMO: De acuerdo con lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores y en congruencia con la pretensión del recurso, deben anularse, en principio, las cláusulas 1, 17, 19 y 51 de los pliegos impugnados y el inciso referente a la “explotación prevista” de la cláusula 13.1 b). No obstante, el artículo 64.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento



administrativo común, establece que la nulidad en parte de un acto administrativo implica también la de las partes del mismo independientes de aquélla cuando la parte viciada es de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado. Este precepto es aplicable al caso, habida cuenta del carácter esencial de las estipulaciones anuladas, especialmente de la cláusula 1, cuyos vicios de legalidad se extienden a la misma configuración del contrato.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP, en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011 y en el artículo 2 del Decreto 103/2011, el suplente del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FERNANDO GOÑI CASTILLEJO y ÓPTIMA SPORT MEDIA, S.L. contra los pliegos del contrato “Redacción del proyecto, la ejecución de las obras de reforma y ampliación y la posterior explotación del estadio de Anoeta”, tramitado por la Sociedad Pública Municipal Anoetako Kiroldegia, S.A, anulando los citados pliegos y la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento ordenada por la Resolución B-BN 2/2015, de 2 de febrero de 2015.

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



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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015ko otsailaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de febrero de 2015