



EB 2015/043

Resolución 070/2015, de 3 de julio de 2015, del 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 interpuesto por ESTUDIO DE RENOVACIÓN Y DESARROLLOS URBANOS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Redacción del Plan General de Ordenación urbana de Sopela”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Remitido por el Ayuntamiento de Sopela, el día 16 de abril de 2015 tiene entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administración Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso de reposición interpuesto por la empresa ESTUDIO DE RENOVACIÓN Y DESARROLLOS URBANOS, S.L. (en adelante, ERDU) contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Redacción del Plan General de Ordenación urbana de Sopela”. Junto con el recurso se reciben el expediente administrativo y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCSP)

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido las de la empresa URAK BIDE TOKIKO ARKITEKTURA ETA INGENIARITZA, S.L. (en adelante, URAK BIDE) y la UTE formada por M.J. B.O. / C. M.C. / N. S.G. / F. L.P. / B. I.S. / V. H.E. (en adelante, la UTE).



TERCERO: Mediante la Resolución de 27 de mayo de 2015 se acordó la apertura de un periodo probatorio, tal y como se detalla en el Fundamento Jurídico Décimo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don J.L. S.J. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

Se trata de un contrato de servicios de la categoría 12 (Servicios de arquitectura, etc.) del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 400.000,00 €.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

El acto recurrido es el Acuerdo de 20 de febrero de 2015 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Sopela de adjudicación del contrato.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Sopela tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2 e) y 3.3 a) del TRLCSP.

QUINTO: El licitador URAK BIDE, en sus alegaciones, plantea tres cuestiones previas como son la calificación del recurso, su extemporaneidad y la ausencia del anuncio previo de su interposición previsto en el artículo 40 del TRLCSP.

a) Señala que el recurso se califica de reposición y se interpone ante el Ayuntamiento de Sopela. Entiende que es un error del Ayuntamiento considerar



que la calificación por el recurrente del recurso –reposición– como un “error”, y haberlo tramitado como recurso especial, basándose en el artículo 110.2 de la LRJ-PAC, cuando el recurso interpuesto es claro y taxativo, tanto por su contenido como por su plazo de presentación, el día previo al de su vencimiento. Apela al principio de confianza legítima e indica que fue el Ayuntamiento quien ofreció la posibilidad de interposición del recurso de reposición; además del recurso especial que se podía haber interpuesto “ex lege” como señala el artículo 40 del TRLCSP. Considera que el recurso se debería haber tramitado como se calificó y haberse resuelto por el Ayuntamiento como recurso de reposición y no como recurso especial por el OARC / KEAO. Solicita, en consecuencia, la inadmisión del recurso y su devolución al Ayuntamiento para su resolución en reposición.

Tal y como ha quedado expresado en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero, por el tipo de contrato –servicio sujeto a regulación armonizada– y por el acto recurrido –adjudicación del contrato– el recurso procedente es el especial en materia de contratación, y el órgano competente para su resolución el OARC / KEAO.

Sin embargo, tanto en la cláusula 26 del PCAP como en la notificación de la adjudicación se indica que contra el acuerdo de adjudicación podrá «(...), interponerse Recurso Potestativo de Reposición ante la Sra. Alcaldesa, en el plazo de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación de este acto, (...)»

El Ayuntamiento de Sopela, en el informe al recurso, admite su error y señala que a tenor del artículo 110 de la LRJ-PAC el error en la calificación no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter, que en el presente asunto es, sin ningún género de dudas, favorable al recurso especial en materia de contratación.

No puede acogerse alegación del interesado cuando alude al principio de confianza legítima, a la calificación del recurso y al momento de su presentación; y tampoco a la opción que se le otorga al recurrente *ex lege* de



interponer un recurso especial en materia de contratación. Dar por bueno este juicio supondría tanto como admitir que la notificación sobre la expresión de los recursos que proceden –artículo 58.2 LRJ-PAC– realizada de manera incorrecta abre la vía a la interposición de dos recursos distintos –el ordinario y el que verdaderamente corresponde por razón del contrato y acto recurrido– con órganos de resolución diferentes, cuando el apartado 5 del artículo 40 del TRLCSP es meridiano al afirmar que «no procederá la interposición de recursos administrativo ordinarios contra los actos enumerados en este artículo, (...)»

Anudado con la calificación de recurso está el plazo para su interposición, que según URAK BIDE debe dar lugar a su inadmisión por extemporáneo. A este respecto, tal y como manifiesta el Ayuntamiento en su informe, desde el OARC / KEAO en distintas resoluciones –por última vez en la Resolución 121/2014 con cita en la Resoluciones 97/2012 y 76/2014– se ha defendido que «(...) en los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental o procesal errónea es de aplicación la doctrina que sostiene que los defectos de notificación no pueden perjudicar al particular, debiéndose tener por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca (ver las sentencias del Tribunal Supremo de 12-3-75 y de 5-12-89).» En consecuencia, el recurso debe entenderse interpuesto en plazo.

b) Ausencia del anuncio previo. El artículo 44.1 del TRLCSP establece que «Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.» Este requisito tiene como función principal poner en conocimiento del órgano de contratación la voluntad de interposición del recurso especial, hecho que se produce igualmente cuando el recurso se interpone ante el propio órgano de contratación –artículo 44.3 del TRLCSP– y que tiene, en este caso, la misma eficacia que el anuncio previo.



Expuesto lo anterior, debe concluirse que nos encontramos ante un recurso especial en materia de contratación, interpuesto en tiempo y forma, y que la competencia para su resolución corresponde al OARC / KEAO.

SEXTO: En su recurso, ERDU denuncia en primer lugar la relación existente entre el equipo de URAK BIDE, adjudicatario impugnado, y el equipo de HIRI DUNAK ESTUDIOA, S.L.P. (en adelante, HIRI DUNAK) técnicos contratados por el Ayuntamiento de Sopela para la evaluación de las propuestas técnicas del sobre "C". Afirma que URAK BIDE presenta como miembros del equipo para la elaboración del contrato a personas que formaron parte del equipo redactor del PGOU de Zeberio elaborado por HIRI DUNAK, por lo que considera incompatible que éste participe en la valoración de la oferta del adjudicatario.

Alude al artículo 319 del TRLCSP, según el cual «las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados en los casos y en la forma previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.» Considera que es contrario a los principios de libre competencia y de igualdad de trato que un licitador guarde relación con las autoridades o con el personal al servicio de la administración que hayan participado en la elaboración de los criterios de adjudicación. En su apoyo cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJ) de 15 de marzo de 2015 y las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011 y 7 de octubre de 2010.

Solicita el inicio de un nuevo procedimiento mediante una nueva convocatoria, o bien retrotraer el procedimiento a la fase de valoración, devolviendo el expediente a la Mesa de contratación para que recabe un nuevo informe de valoración por parte de un Comité de Expertos formado por funcionarios independientes de la Administración Local, Foral y de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco.



Posteriormente, el día 13 de mayo de 2015 tiene entrada en el registro del OARC / KEAO un escrito del recurrente en el que expone que el 30 de marzo de 2015 tuvo acceso al expediente, pero que previamente tuvo que interponer recurso de reposición ante la alcaldesa de Sopela para no caer en indefensión. Afirma que en el expediente se contraviene lo establecido en el artículo 156.3 del TRLCSP ya que el contrato fue formalizado el 5 de marzo de 2015, antes de que transcurrieran los preceptivos 15 días hábiles desde que se remite la notificación de la adjudicación a los licitadores. Otro aspecto que pone de relieve es que con posterioridad a la presentación del recurso la arquitecta Doña I. R.M presentó el 20 y el 29 de abril de 2015 sendos informes complementarios al informe de valoración de las ofertas en el que se basó la adjudicación, y que a ellos únicamente se les trasladó el segundo. Prosigue diciendo que tras una nueva consulta del expediente descubrieron el informe de 20 abril, que en su penúltimo párrafo les otorga 15,5 puntos en el capítulo de “Mecanismos de participación” frente a 16,5 de URAK BIDE y que ambas se valoran muy positivamente, aunque esta última se califica ligeramente más innovadora y coherente. Afirma que con esta puntuación el cómputo global de ambas ofertas en el criterio de “Propuesta Técnica” hubiera sido de 28,5 puntos para ERDU y 39,75 puntos para URAK BIDE, que sumados a los 55 puntos y 43,21, de cada uno en la oferta económica hubiera colocado al ERDU como propuesta más ventajosa con 83,50 puntos. Sin embargo, añade que en el posterior informe de 29 de abril, en el apartado de “Mecanismos de participación”, se altera la valoración y su motivación. Como prueba aporta dos copias del informe de 20 de abril, en una de las cuales se observan correcciones hechas a mano, así como copia del informe de 29 de abril.

SÉPTIMO: El Ayuntamiento de Sopela, por su parte, en el informe al recurso rebate las manifestaciones del recurrente acerca del deber de abstención y recusación. Cita el artículo 160 del TRLCSP sobre los informes que puede solicitar el órgano competente de la valoración de las proposiciones, y dice que cumplen una función de asesoramiento y ofrecen a los de los órganos administrativos que intervienen en la adopción de decisiones unos conocimientos especializados que no poseen y les son imprescindibles.



Menciona el artículo 320 del TRLCSP sobre las Mesas de contratación y reproduce el apartado “M” del PCAP sobre la composición de la Mesa de contratación. Entiende que es esencial diferenciar entre la composición de la Mesa de contratación y las personas que le asisten. Alude, también, al artículo 319 del TRLCSP y entiende que no existe causa de abstención o recusación de las tipificadas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992. En su apoyo alude al informe 34/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la Resolución 140/2014 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Concluye que la Mesa de contratación no sólo no adolecía de causas de abstención o recusación sino que tomó su decisión de ratificar la valoración propuesta de forma libre y objetiva y desconociendo completamente cualquier vínculo que pudiera existir entre el equipo técnico evaluador de la propuesta y cualquiera de las empresas licitadoras, por lo que difícilmente pudo este hecho condicionar su decisión.

OCTAVO: Los interesados en el procedimiento presentan las siguientes alegaciones:

1.- Alegaciones de la UTE.

Sobre la abstención y recusación, se adhiere al contenido del recurso en lo relativo a la acreditación de la falta de imparcialidad con la que ha actuado la empresa privada encargada de la valoración de las propuestas presentadas a concurso público.

Le parece evidente la relación entre URAK BIDE e HIRI DUNAK que ha puesto de manifiesto el recurrente. Afirma que esta relación no se limita al caso de PGOU de Zeberio, sino que es continuada al menos en los municipios de Zaldibar y Larrabetzu. Pone como ejemplos, que integrantes de ambas empresas son parte del equipo redactor del PGOU de Zaldibar, y que la arquitecta y socia directora de HIRI DUNAK, encargada de la valoración de concurso del PGOU de Sopela, es asesora del Ayuntamiento de Larrabetzu, y



que ejerciendo su cometido se adjudicó el Plan de Movilidad de este municipio a URAK BIDE.

Añade que los pliegos del concurso indicaban sobre la capacitación del arquitecto que debe acreditar haber o estar participando en un PGOU o NNSS de un municipio superior a 1.000 habitantes. Aunque los pliegos hablan sólo de participar, estima la UTE que ésta debe ser activa, como Director del equipo o arquitecto redactor, y que el Director que URAK BIDE propone para el PGOU de Sopela es en el de Zeberio un mero colaborador en la participación ciudadana, lo que implica que no está incluido en el equipo principal redactor del Plan.

Le parece también sospechoso que teniendo Sopela una población de 12.000 habitantes, se exija al licitador haber participado en un municipio de mínimo 1.000 habitantes (Zeberio tiene 1.075), cuando las circunstancias, necesidades y exigencias urbanísticas no coinciden entre municipios de tan gran diferencia de población. También le parece inusual que la participación se acredite en cualquiera de sus fases, cuando lo habitual es que, al menos, el Plan esté aprobado inicialmente. En el momento de la licitación del PGOU de Sopela, el de Zeberio estaba todavía en fase de redacción del Avance, por lo que, en opinión de la UTE alegante, parece que los pliegos han sido redactados a la carta para el perfil de quien URAK BIDE ha designado como director del PGOU en la licitación de Sopela.

2.- Alegaciones de URAK BIDE.

Como adjudicatario impugnado, comienza su alegación citando el artículo 151 del TRLCSP y que los informes que en él se citan no deben confundirse con la actuación de los órganos que realmente clasifican, propone la adjudicación o incluso adjudican el contrato, que son quienes podría ser recusados o deberían abstenerse. A continuación esgrime en su defensa los siguientes argumentos:



a) HIRI DUNAK no es autoridad ni personal al servicio de la Administración. El artículo 319 del TRLCSP y los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992 aluden a las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas, por lo que no se puede alegar causa de recusación o el deber de abstención.

b) HIRI DUNAK no interviene en el procedimiento de contratación, porque ni propone la adjudicación, que lo hace la Mesa de contratación, ni es el órgano adjudicador, que es la Junta de Gobierno Local, de donde no le es aplicable el artículo 319 del TRLCSP. Describe las funciones que los artículos 320 y 151 del TRLCSP atribuyen, respectivamente, al órgano de contratación y a la Mesa de contratación. Insiste en que el informe elaborado por HIRI DUNAK es un documento de trabajo, respecto de cuyos autores no se puede plantear la pretendida recusación ya que carecen de facultad de intervención real alguna en el procedimiento de contratación. De hecho es la Mesa de contratación quien da lectura al informe, ratifica su contenido, y propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato, de modo que se obró tal y como se prevé en la cláusula 13ª del PCAP

Continúa diciendo que en el apartado M de la carátula del PCAP se indicaba la composición de la Mesa de contratación, y que las técnicas contratadas y el personal técnico municipal informan sobre el contenido de las ofertas presentadas pero no forman parte de la Mesa. Afirma que las causas de abstención y recusación del artículo 319 del TRLCSP sólo podrían aducirse respecto del Presidente, Vocales y Secretario o de la Junta de Gobierno Local por tratarse de autoridades y personal al servicio de la administración que interviene en el procedimiento pero no de las personas que colaboran o informan para ellos.

Concluye que la forma de proceder, con informes técnicos de terceros, ha sido validada por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2011.

c) Ausencia de causa de abstención por parte de HIRI DUNAK. Cita el artículo 319 del TRLCSP y los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992 que prevén como uno



de los motivos de abstención y recusación «tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.» Sostiene que los servicios alegados como causa de abstención se prestan a un cliente (Ayuntamiento de Zeberio) y no de un profesional a otro como destinatario de servicio, tratándose de una mera colaboración respecto de dicho tercero, por lo que tampoco se daría el supuesto alegado. En su apoyo cita y reproduce la sentencia nº 751 del Tribunal Supremo. Concluye que, incluso si concurriera la causa de abstención, sería necesario acreditar una actuación irregular que demuestre parcialidad para que pudiera dar lugar a la invalidez del acto.

NOVENO: El recurrente pone de manifiesto la relación que existe entre URAK BIDE, adjudicatario impugnado, e HIRI DUNAK, técnicos evaluadores de la propuesta técnica del sobre “C” del PGOU objeto del contrato. Cita el artículo 319 del TRLCSP y los artículos 28 y 29 de la LRJ-PAC y considera que el hecho de que un licitador guarde relación con las autoridades o con el personal al servicio de la administración que haya participado en la elaboración de los criterios de adjudicación de un contrato es contrario a los principios de libre competencia y de igualdad de trato entre los candidatos. El Ayuntamiento de Sopelana y URAK BIDE niegan tal relación, mientras que la UTE interesada, en sus alegaciones, extiende la relación a otros trabajos en municipios como Zaldibar y Larrabetzu.

Para invocar motivos de abstención o para promover la recusación de los artículos 28 y 29 de la LRJ-PAC se precisa la intervención de autoridades o personal al servicio de las administraciones. En el caso que nos ocupa, la intervención de HIRI DUNAK que da lugar a la impugnación se circunscribe a la realización de una parte del encargo –como es la valoración de las ofertas técnicas– que le fue encomendado por el Ayuntamiento de Sopelana mediante un contrato menor suscrito el 27 de enero de 2014.

La emisión de estos informes está prevista en el artículo 160.1 del TRLCSP, y en la letra e) del artículo 22 del Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley de



Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 817/2009, de 8 de mayo, donde se atribuye a las Mesas de contratación la valoración y clasificación de las proposiciones, a cuyo efecto podrán solicitar los informes técnicos que consideren precisos.

La petición del informe para la valoración del sobre "C" del contrato en cuestión está contemplada en el apartado M de la carátula del PCAP, donde se dice que «la Mesa estará asistida por el personal técnico municipal y las técnicas contratadas para informar acerca de las ofertas presentadas, que actuarán con voz y sin voto.» Como indican el Ayuntamiento en su informe al recurso y URAK BIDE en sus alegaciones, las técnicas contratadas no forman parte de la composición de la Mesa de contratación, su misión se ciñe a la elaboración de un informe de valoración, que está sujeto a la aprobación por el órgano colegiado, sin que en ningún momento tengan capacidad para elaborar la clasificación en orden decreciente de la letra e) y menos la propuesta de adjudicación al órgano de contratación de la letra g) del 22 del Reglamento anteriormente citado. Por tanto, difícilmente pueden aducirse motivos de abstención o recusación, cuando se trata de personal que no es miembro de la Mesa de contratación y no está al servicio de las administraciones, en el sentido de los artículos 28 y 29 de la LRJ-PAC.

Sin embargo, no se puede obviar que entre HIRI DUNAK, entidad encargada de elaborar el informe de valoración, y URAK BIDE, como licitador en el contrato, ha podido haber un conflicto de intereses, que puede ir en detrimento del acceso al contrato del resto de licitadores, conculcando los principios de transparencia e de igualdad de trato entre candidatos del artículo 1 del TRLCSP.

A pesar de que el TRLCSP no contiene previsión alguna sobre los conflictos de intereses surgidos entre participantes de un proceso de selección, no puede soslayarse que estos conflictos pueden ir en detrimento de los principios de igualdad de trato y de transparencia, que constituye su corolario, y que tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo de favoritismo y



de arbitrariedad por parte del poder adjudicador respecto de determinados licitadores o de determinadas (ver, en ese sentido, la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta: asunto C-496/99 P, apartado 111).

La cuestión de los conflictos de intereses sí es tratada en la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, que aunque está en período de transposición, en defecto de legislación aplicable debe servir como criterio interpretativo sobre cuándo puede darse un conflicto de intereses. Así, en su considerando 16 la Directiva señala que «los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses.»

Y el artículo 24, dedicado a los conflictos de intereses, prevé que:

«Los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses.»

El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.»

Queda claro del contenido del artículo reproducido que la intervención de una entidad contratada que actúa por encargo de un poder adjudicador en el desarrollo de un procedimiento de adjudicación puede generar un conflicto de intereses si su imparcialidad e independencia quedan comprometidas.

La jurisprudencia comunitaria también ha examinado la existencia de conflictos de intereses en la contratación pública. A este respecto, debemos traer a



colación la reciente sentencia del TJ, de 12 de marzo de 2015, en el asunto C-538/13. Esta sentencia, cuyo contexto jurídico es la Directiva 2004/18, que no hace mención expresa a este tema, examina una cuestión prejudicial que plantea, entre otras, las siguientes cuestiones:

«a) en el caso de que un licitador tenga conocimiento de un eventual vínculo significativo entre otro licitador y los expertos del poder adjudicador que han evaluado las ofertas y/o tenga conocimiento de la eventual situación excepcional de dicho licitador a raíz de su participación en los trabajos preparatorios realizados previamente al procedimiento de licitación controvertido, sin que el poder adjudicador haya adoptado ninguna medida en relación con estas circunstancias, esa información es suficiente por sí sola para sustentar la alegación de que el órgano que conoce de un recurso debe declarar ilegales las actuaciones del poder adjudicador que no garantizaron la transparencia y objetividad del procedimiento, sin que el recurrente esté obligado, además, a demostrar de modo preciso que los expertos actuaron de forma parcial;

b) la autoridad de control, una vez que determine que los motivos del recurso mencionado del demandante son fundados, cuando se pronuncie sobre las consecuencias [de dicha ilegalidad] en los resultados del procedimiento de licitación, no está obligada a tener en cuenta que los resultados de la evaluación de las ofertas presentadas por los licitadores habrían sido sustancialmente los mismos de no existir profesionales parciales entre los expertos que evaluaron las ofertas?»

La sentencia, en sus apartados 32 y 33 alude a los principios de igualdad de trato y transparencia, señalando que tales principios tienen por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y objetiva.

En el apartado 35 indica que un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho, lo cual puede infringir el artículo 2 de la Directiva.

En el 36 añade que el hecho de que el poder adjudicador haya nombrado expertos que actúan bajo su mandato para evaluar las ofertas presentadas no le exime de su responsabilidad de respetar las exigencias del derecho de la Unión.



El apartado 37 afirma que para declarar la parcialidad de un experto es necesario valorar los hechos y las pruebas, valoración que forma parte de las competencias de los poderes adjudicadores y de las autoridades de control administrativas y judiciales.

Según el apartado 43 el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, y que resulta incompatible con ese papel activo hacer recaer sobre la demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, la parcialidad concreta de los expertos nombrados por el poder adjudicador.

En el apartado 44 añade que puesta en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe a éste examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio al conflicto de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba.

En el 45 que los vínculos entre los expertos nombrados por el poder adjudicador y los especialistas de las empresas adjudicatarias del contrato si se acredita debidamente constituyen elementos objetivos que deben dar lugar a un examen pormenorizado por parte del poder adjudicador o, en su caso, por parte de las autoridades de control administrativas o judiciales.

La sentencia concluye que el artículo artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665/CEE de recursos y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a) de la Directiva 2004/18/CE no se oponen a que se declare la ilegalidad de la evaluación si se comprueba la existencia de un conflicto de intereses. En estos casos, el poder adjudicador está obligado a tomar medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a estos conflictos, y las autoridades administrativas y judiciales competentes deben tener en cuenta la



circunstancia de que una eventual parcialidad de los expertos haya tenido incidencia en la decisión de adjudicación del contrato.

DÉCIMO: A la vista de la denuncia planteada por el recurrente, y detectada la posibilidad de un posible conflicto de intereses en el procedimiento seguido para la adjudicación del contrato, desde el OARC / KEAO se acordó por Resolución de 27 de mayo de 2015 la apertura de un período probatorio para tener por ciertos los hechos alegados por el recurrente, que consistió en:

«1) Solicitar al Ayuntamiento de Sopela:

a) La remisión de la copia del expediente administrativo instruido para la adjudicación del contrato de redacción del pliego de bases técnicas y valoración de las ofertas del contrato de Redacción del Plan General de Ordenación urbana de Sopela, adjudicado a la empresa HIRI DUNAK.

2) Solicitar del Ayuntamiento de Zeberio certificado expresivo de las siguientes circunstancias:

a) Si Hodei Zenikaonaindia Otzerinjauregui, ha participado en la redacción del PGOU de Zeberio y el carácter de dicha participación

b) Si Kimetz Etxeberria Munitxa, ha participado en la redacción del PGOU de Zeberio y el carácter de dicha participación.

c) Si Juan Requejo Liberal, Sergio Gallego Mazarías y Luis Rodríguez-Avello Luengo e Irati Eguren Arruti, han participado en la redacción del PGOU de Zeberio y el carácter de dicha participación.

d) Si la elaboración del PGOU de Zeberio ha sido encargado a una empresa o profesionales externos al Ayuntamiento su identificación y la forma en la que se instrumentalizó dicha relación con indicación presupuesto del contrato y plazo de adjudicación.

3) Solicitar del Ayuntamiento de Zaldibar certificado expresivo de las siguientes circunstancias:

a) Si Kimetz Etxeberria Munitxa ha participado en la redacción del PGOU de Zaldibar y el carácter de dicha participación.



b) Si Amaia Albeniz ha participado en la redacción del PGOU de Zaldibar y el carácter de dicha participación.

c) Si, asimismo, han participado en la redacción del PGOU de Zaldibar Hodei Zenikaonaindia Otzerinjauregui, Juan Requejo Liberal, Sergio Gallego Mazarías, Luis Rodríguez-Avello Luengo e Irati Eguren Arruti, en caso afirmativo, el carácter de dicha participación.

d) Si la elaboración del PGOU de Zaldibar ha sido encargado a una empresa o profesionales externos al Ayuntamiento, su identificación y la forma en la que se instrumentalizó dicha relación con indicación del presupuesto del contrato y plazo de adjudicación

4) Solicitar del Ayuntamiento de Larrabetzu certificado en el que conste:

a) Si Kimetz Etxebarria Munitxa ha participado en la redacción del plan de movilidad del municipio de Larrabetzu y el carácter de dicha participación.

b) Si Hodei Zenikaonaindia Otzerinjauregui ha participado en la redacción del plan de movilidad del municipio de Larrabetzu y el carácter de dicha participación.

c) Si Oihane Ruiz Menéndez ha participado en la redacción del plan de movilidad del municipio de Larrabetzu y el carácter de dicha participación.

d) Si, asimismo, han participado en la redacción del plan de movilidad del municipio de Larrabetzu Juan Requejo Liberal, Sergio Gallego Mazarías, Luis Rodríguez-Avello Luengo e Irati Eguren Arruti y, en caso afirmativo, el carácter de dicha participación.

c) Si la elaboración del plan de movilidad del municipio de Larrabetzu ha sido encargado a una empresa o profesionales externos al Ayuntamiento, su identificación y la forma en la que se instrumentalizó dicha relación con indicación del presupuesto del contrato y plazo de adjudicación.

d) Si Oihane Ruiz Menéndez era la Arquitecta municipal en el momento de la toma de decisión de los profesionales que intervendrían en la elaboración del plan de movilidad del municipio de Larrabetzu así como señalar su grado de participación en esta toma de decisión.»

UNDÉCIMO: De los certificados emitidos por los Ayuntamiento se observa que:



1.- El PGOU del Ayuntamiento de Zeberio fue adjudicado a la empresa HIRI DUNAK formada por Amaia Albeniz Goikoetxea y Oihane Ruiz Menéndez, y en su redacción intervinieron:

- a) Hodei Zenikaonaindia Otzerinjauregui, arquitecto, en el diseño, dinamización y coordinación del proceso participativo del PGOU.
- b) Kimetz Etxeberria Munitxa, como ingeniero consultor, en el diseño, dinamización y coordinación del proceso participativo del PGOU.
- c) Si Juan Requejo Liberal, con el título de licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, como responsable del estudio económico financiero.
- d) Sergio Gallego Mazarías, licenciado en ciencias ambientales, como asesor ambiental y miembro del equipo responsable de la tramitación ambiental dentro de la redacción del PGOU de Zeberio.

El contrato se formalizó el 8 de marzo de 2013, por un precio de 179.100,00 €, IVA excluido, y un plazo de ejecución del 31 meses.

2.- El PGOU del Ayuntamiento de Zaldibar, aunque participaron Kimetz Etxeberria Munitxa, Amaia Albeniz y Hodei Zenikaonaindia, fue adjudicado a David Gutiérrez-Solana Journoud.

3.- La redacción del Plan de Movilidad Sostenible y Espacios Públicos de Larrabetzu fue adjudicado al URAK BIDE, y en el intervienen Kimetz Etxebarria Munitxa y Hodei Zenikaonaindia Otzerinjauregui. En la toma de decisión participó losune Artetxa Eguskiza, como arquitecta municipal, en sustitución de Oihane Ruiz Menéndez de baja por maternidad en aquel momento.

DUODÉCIMO: De la documentación aportada por el Ayuntamiento de Sopela, tanto en la remisión del expediente como en fase probatoria, queda acreditada:

1.- La contratación de Oihane Ruiz Menéndez para la prestación del servicio de "Asesoría y redacción de pliegos técnicos y administrativos y valoración de



ofertas en el expediente de contratación de PGOU de Sopelana, que tuvo lugar a través de un contrato menor celebrado el 27 de enero de 2014, con importe máximo de 20.207,00 €.

Por Decreto de la Alcaldía de 16 de noviembre de 2014 se dio por buena la sucesión de contrato otorgado a Oihane Ruiz Menéndez en favor de la entidad HIRI DUNAK, de la que la primera es socia junto con Amaia Albeniz Goicoechea.

2.- El contrato menor no contiene disposición alguna frente a posibles conflictos de intereses que pudieran suscitarse en la redacción de los pliegos o en la valoración de las ofertas.

3.- La letra M de la carátula del contrato para la redacción de PGOU de Sopelana, objeto del presente recurso, prevé que la Mesa estará asistida por el personal técnico municipal y las técnicas contratadas para informar acerca de las ofertas presentadas, que actuarán con voz y sin voto. De igual forma, la cláusula 13.- del PCAP señala que la Mesa remitirá los sobres "C", de criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, a las técnicas contratadas para informar acerca de las proposiciones en relación con los criterios de adjudicación no cuantificables por fórmulas, en aras de determinar la oferta más ventajosa para el Ayuntamiento. Por lo demás, ni la carátula ni el PCAP contiene disposición alguna sobre posibles conflictos de intereses que pudieran surgir en la valoración de las ofertas, puesto que la empresa evaluadora ha sido contratada en otros municipios para realizar labores similares a las que iban a ser objeto de valoración, y era previsible que tuviera que examinar la documentación de empresas competidoras o colaboradoras en otros trabajos. Tampoco se indicó la identidad de quien iba a realizar la valoración de las ofertas, de modo que se impidió a los licitadores que pudieran de antemano plantear posibles conflictos de intereses.

4- Cumpliendo con lo encomendado en el contrato menor de 27 de enero de 2014, HIRI DUNAK entregó el 20 de enero de 2015 un informe de valoración de



las ofertas presentadas para la elaboración del PGOU de Sopelana. El informe valora, entre otras, la oferta de URAK BIDE, que propone como miembros de su equipo de trabajo Hodei Zenikaonandia Otzerinjauregi, coordinador y miembro del equipo redactor; Kimetz E. Munitxa, miembro del equipo redactor y responsable de participación ciudadana; y Juan Requejo Liberal, miembro del equipo redactor y responsable de las bases de posicionamiento estratégico y socio-economía; todos ellos, en distintas responsabilidades, participaron en la elaboración del PGOU de Zeberio.

HIRI DUNAK en su labor de valoración de las propuestas del contrato en ningún momento ha manifestado la existencia de un conflicto de intereses con URAK BIDE derivado de la relación que ambas entidades mantienen en la elaboración de PGOU de Zeberio que todavía está en período de ejecución.

5.- El 21 de enero de 2015 se reúne la Mesa de contratación al objeto de dar lectura al informe emitido por HIRI DUNAK que valora y puntúa las propuestas técnicas presentadas. Posteriormente, en el mismo acto, se procede a la apertura de los sobres "B" que contienen las ofertas económicas y se otorgan las puntuaciones al criterio "oferta económica" según la fórmula prevista en los pliegos. Seguidamente se suman las puntuaciones obtenidas en todos los criterios de adjudicación y la Mesa propone la adjudicación del contrato a URAK BIDE, por ser el licitador que obtiene la mayor puntuación.

El 23 de enero de 2015, la Junta de Gobierno Local elabora la clasificación de las proposiciones presentadas y la propuesta de Resolución de adjudicación.

Con fecha 20 de febrero de 2015 la propia Junta acuerda adjudicar el contrato a URAK BIDE. Según reza el acuerdo, «sirve de motivación a la presente adjudicación el informe de valoración de los "criterios de adjudicación que dependen de juicio de valor" emitido por la empresa HIRIDUNAK ESTUDIOA en el que se valoran y puntúan las propuestas técnicas que figuran en el expediente.»



DUODÉCIMO: Llegados a este punto, debe señalarse que entre HIRI DUNAK –contratado para la elaboración del pliego y valoración de las ofertas del PGOU de Sopelana– y URAK BIDE –licitador en dicho procedimiento– existe una relación de tipo profesional al menos en la elaboración del PGOU de Zeberio. Este es un hecho objetivo que no admite dudas.

El principio de igualdad de trato de los licitadores tiene como objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, e impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencias del TJ del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34, y Universale-Bau y otros, C.470/99).

El PCAP prevé como criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor:

- A. Metodología empleada: Hasta 20 puntos.
- B. Mecanismos de participación: Hasta 20 puntos.

En cada uno de los criterios se otorgan un máximo de 5 puntos en cada uno de los siguientes subcriterios:

- a.- Adaptación a la legislación.
 - b.- Innovación social y desarrollo económico.
 - c.- Innovación ambiental.
 - d.- Coherencia de la propuesta.
- C. Mecanismos de inclusión de la perspectiva de género en el planteamiento urbano: Hasta 5 puntos.



El método de valoración seguido por HIRI DUNAK es realizar una serie de preguntas relacionadas con el criterio y ponerlas en relación con las propuestas técnicas realizadas por los licitadores. La respuesta a cada pregunta se puntúa en función de su encaje positivo con la cuestión planteada.

Si la respuesta no lo contempla 0 puntos.

Si la respuesta es de manera pobre 0,25 puntos.

Si la respuesta es sí 0,50 puntos.

Si la respuesta lo mejora 1 punto.

El informe realiza un total de 44 preguntas –cinco por cada criterio o subcriterio–. Excepcionalmente, el subcriterio de coherencia de la propuesta del criterio de metodología empleada sólo contiene 4 preguntas. A cada pregunta se le otorga un máximo de 1 punto, salvo en la primera pregunta del subcriterio anteriormente citado que se puntúa hasta un máximo de 2 puntos.

En el caso concreto que se examina, quien realiza el informe y diseña las preguntas que sirven para evaluar las ofertas de los licitadores mantiene una relación de tipo profesional con uno de ellos en un contrato de contenido semejante. Esta circunstancia puede ser observada como una falta de transparencia en el método seguido para la elaboración del informe, que se hubiera despejado de haber conocido los licitadores los aspectos concretos de las ofertas que iban a ser examinados, de modo que todos estuvieran en igualdad de oportunidades para presentar sus propuestas, hecho que de otra forma puede ser puesto en duda.

Si se examina el informe de valoración que efectúa HIRI DUNAK, la propuesta de URAK BIDE, aventaja a la segunda mejor puntuada, de C. ANDRÉS Y OTROS, en 13,25 puntos, y a la siguiente, de ERDU, en 15 puntos, mientras que con el resto de propuestas la ventaja es ostensiblemente mayor.

Si se acude al detalle concreto de la valoración de la oferta de URAK BIDE, se observa que en el criterio de “metodología empleada”, ponderado con 20



puntos, obtiene la máxima puntuación en 16 de las 19 preguntas del cuestionario alcanzado un total de 18,5 puntos. En el criterio de “mecanismos de participación”, ponderado con 20 puntos, obtiene la máxima puntuación en 15 de las 20 preguntas, con un total de 17,50 puntos. Mientras que en el criterio de “mecanismos de inclusión de la perspectiva de género en el planeamiento urbano”, ponderado con 5 puntos, obtiene una puntuación de 3,75 puntos; lo que arroja un total de 39,75 sobre 45 puntos, frente a los 26,50 puntos que obtiene C. ANDRÉS Y OTROS y los 24,75 puntos que obtiene ERDU.

No puede soslayarse, por tanto, que en la actuación HIRI DUNAK ha podido haber un claro conflicto de interés entre su papel de examinador objetivo e imparcial y el de colaborador en un contrato vigente con uno de los licitadores evaluados; téngase en cuenta que el informante está emitiendo un juicio sobre una oferta presentada por quien, materialmente, es parte de su propia organización empresarial y productiva, asumiendo dos posiciones entre sí incompatibles: la de perito imparcial y la de socio mercantil del licitador. Por ello, puede haber quedado comprometida la independencia e imparcialidad que exige la elaboración del informe de valoración de las propuestas técnicas.

El hecho de que el poder adjudicador, primero al contratar los servicios de asesoría, después al elaborar los pliegos del contrato sobre el PGOU de la villa, y finalmente al conocer la relación de licitadores, no adoptara ninguna medida alguna para evitar o dar respuesta a la opción posible de que pudiera darse un conflicto de interés, incide en el incumplimiento de su deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir, detectar y solucionar tal situación. Tampoco HIRI DUNAK ejerció acción alguna en el momento en que conoció que uno de los licitadores a los que debía evaluar era URAK BIDE, con quien mantiene una relación de colaboración en la realización de un contrato similar en otro Ayuntamiento.

La acción de evaluación de las propuestas y sus resultados entran dentro de discrecionalidad técnica propia de los informes necesarios para la adjudicación del contrato, sobre los que este Órgano no puede entrar a valorar siempre que



se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos y son precisamente estos dos últimos aspectos los que se han vulnerado: las actividades preparatorias, en tanto que no se puso en conocimiento del poder adjudicador la existencia de una circunstancia que pudiera contaminar la actuación del asesor, y el principio de igualdad en tanto que se está valorando una oferta efectuada por su personal.

Por todo ello, debe determinarse que se aprecia que entre HIRI DUNAK, entidad encargada de la evaluación de las ofertas, y URAK BIDE, licitador propuesto adjudicatario, se ha suscitado un conflicto de intereses que ha desvirtuado el principio de igualdad de trato entre los licitadores del contrato.

DECIMOTERCERO: La apreciación de la existencia de un conflicto de intereses y la anulación del acto de adjudicación, sin posibilidad de retroacción de las actuaciones, conlleva la anulación de la totalidad del procedimiento, pues no sería posible una nueva valoración de las ofertas presentadas (pretensión subsidiaria a la principal de nulidad de todo el procedimiento de adjudicación) debido a que se ha desvelado el secreto de la oferta en lo concerniente a aquellos aspectos de la misma evaluables mediante la aplicación de meras fórmulas (ver Resolución 77/2014 del OARC/KEAO), lo cual, a su vez, hace innecesario el examen del resto de las impugnaciones del recurrente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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 Euzkadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euzkadi:



RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por ESTUDIO DE RENOVACIÓN Y DESARROLLOS URBANOS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Redacción del Plan General de Ordenación urbana de Sopela”, anulando el Acuerdo de la Alcaldía de adjudicación del contrato y la totalidad el procedimiento.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

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, 2015eko uztailaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de julio de 2015