



**EB 2016/093    EB 2016/094**

**Resolución 101/2016, de 20 de septiembre de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por LOÏC ALEJANDRO y AMAIA MARTÍN GARÍN, concejales del Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián por el grupo municipal Irabazi Donostia, y el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO, contra los pliegos del contrato de “Gestión integrada del proyecto de construcción para la remodelación del Estadio de Anoeta en Donostia-San Sebastián”, promovido por ANOETA KIROLDEGIA, S.A.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Se han recibido en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) los siguientes recursos:

- Recurso EB 2016/093, interpuesto por don LOÏC ALEJANDRO y doña AMAIA MARTÍN GARÍN, concejales del Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián por el grupo municipal Irabazi Donostia (en adelante, “los concejales”). El recurso se interpuso en el registro auxiliar del Departamento de Administración Pública y Justicia (Zuzenean) el día 1 de julio de 2016 y tuvo entrada en el registro del OARC / KEAO el día 5 del mismo mes.
- Recurso EB 2016/094, interpuesto en el registro del OARC / KEAO el día 5 de julio de 2016 por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO (en adelante, COAVN).



En ambos recursos se impugnan los pliegos del contrato de “Gestión integrada del proyecto de construcción para la remodelación del Estadio de Anoeta en Donostia-San Sebastián”.

Los días 5 y 11 de julio de 2016 se remitieron los recursos a ANOETA KIROLDEGIA, S.A. (en adelante, AK). El expediente de contratación y los informes a los 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 los días 11 y 14 de julio y 1 de agosto de 2016.

Los recurrentes solicitaron la medida cautelar de suspensión del procedimiento. Mediante la Resolución B-BN 11/2016, de 20 de julio, el titular del 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 consta ningún interesado distinto de los recurrentes y del poder adjudicador.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, este OARC / KEAO dispone la acumulación de los procedimientos de recurso números EB 2016/093 y EB 2016/094 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al afectar a la misma licitación y dirigirse ambos contra los pliegos del contrato.

**SEGUNDO:** En el expediente consta la legitimación del COAVN y la representación de doña M. A.A que actúa en su nombre.



En cuanto a la legitimación de los concejales, el informe del poder adjudicador lo niega por entender que el artículo 63.1 b) de la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL), invocado por los concejales, no se extiende a la impugnación de otras entidades distintas del municipio como AK, que tienen personalidad jurídica propia a todos los efectos y que, además, se rigen por el ordenamiento privado. La postura de los concejales parte del hecho de que, por mucho que se presente como concesionario del Estadio de Anoeta, AK no es sino una empresa instrumental que gestiona un servicio público municipal por encomienda del Ayuntamiento. A partir de esta premisa, alegan que el artículo 63.1 b) de la LBRL reconoce la legitimación de un concejal para impugnar un acuerdo tomado por el órgano en el que forma parte y que D. LOÏC ALEJANDRO es miembro del Consejo de Administración de AK; estiman que la legitimación se extiende al resto de los concejales, aunque no formen parte del órgano que ha adoptado la decisión, en virtud del interés que tienen en el correcto funcionamiento de las instituciones municipales que representan, siendo el único requisito que el concejal que haya participado en la votación del acto recurrido haya votado en su contra, como así efectivamente hizo D. LOÏC ALEJANDRO. Ambas partes alegan en su favor diversa jurisprudencia constitucional y de órganos jurisdiccionales, así como doctrina de los tribunales de recursos contractuales.

El artículo 63.1.b) de la LBRL, alegado por los concejales como base de su legitimación, dispone que «Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico (...) b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.» En su sentencia 173/2004, el Tribunal Constitucional viene a reconocer que, al lado de la legitimación general para poder acceder al recurso contencioso-administrativo con arreglo al art. 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, existe una legitimación que se refiere a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para, en virtud del mandato representativo recibido de sus electores, poder impugnar los actos de éstas que contravengan el Ordenamiento jurídico; no se trata de una legitimación basada en la mera defensa de la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante



popular y para controlar el correcto funcionamiento de la corporación. Esta otra fuente de legitimación, independiente de la legitimación general, encaja en una interpretación conjunta de los arts. 20.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 63.1 .b) de la Ley de Bases de Régimen Local. Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), en la sentencia de 12 de febrero de 2009 considera que «Para el Tribunal Constitucional esa legitimación distinta de la derivada del "interés legítimo" que caracteriza la legitimación general --la del art. 19.1.a) LJCA --, que responde al interés del miembro disidente en el correcto funcionamiento de la corporación local a la que pertenece, "ha de presuponer lógicamente el "prius" de la legitimación del Concejal o representante popular de una entidad local para impugnar jurisdiccionalmente las actuaciones contrarias al Ordenamiento"; "por consiguiente, el art. 63.1.b) LBRL parte, por elemental lógica, de un principio de legitimación de los representantes populares de las corporaciones locales. Así que el Concejal o representante popular, por su condición de miembro de la Corporación, para la que es elegido "mediante sufragio universal, libre, directo y secreto" de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General), "está legitimado para impugnar la actuación de la Corporación Local a la que pertenece por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha Corporación en virtud de su mandato representativo (a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación)".» Con base en esta doctrina, este OARC / KEAO ha aceptado la legitimación activa de los concejales para la interposición del recurso especial en materia de contratación pública previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP contra actos de las Entidades Locales, incluso aunque se tratara de actos emitidos por órganos colegiados de los que no forman parte (ver, por ejemplo, las Resoluciones 62 y 133/2015).

Llegados a este punto, se plantea la cuestión de si la legitimación basada en el artículo 63.1.b) de la LBRL para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales puede extenderse a los adoptados por personas jurídicas del sector público local distintas de dichas Entidades locales, como es el caso de las sociedades públicas municipales, que no están reconocidas como tales ni en el artículo 3 de la LBRL ni en el artículo 2.1 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de



Euskadi (en adelante, LILE). A juicio de este OARC / KEAO, la respuesta debe ser afirmativa por las razones que a continuación se expresan.

En primer lugar, como bien apunta el recurso, el hecho de que el contrato vaya a tramitarse y celebrarse por AK y no por un órgano administrativo inserto en la estructura orgánica del Municipio se debe únicamente a que el Ayuntamiento ha optado, por motivos de oportunidad, por gestionar un servicio público del que es titular mediante una sociedad mercantil en mano pública; esta relación de instrumentalidad es tan estrecha que los artículos 85.2 de la LBRL y 94.2 de la LILE consideran esta fórmula como una variante de la gestión directa de un servicio, como lo es también la gestión por la propia Entidad Local. Dicha sociedad no tiene, a pesar de su forma de personificación privada, más objeto social ni más interés propio que el mismo interés general cuya defensa está atribuida al Municipio y cuya plasmación se pretende mediante el contrato debatido. Si, como se ha señalado, la finalidad última del artículo 63.1 b) de la LBRL es posibilitar que los cargos electos por sufragio popular controlen el correcto funcionamiento de las Entidades Locales de cuyos órganos de gobierno forman parte, ejerciendo así el mandato político del que son depositarios, no es aceptable que la legitimación que dicho precepto les otorga se limite cuando la actuación municipal se encauza mediante personas jurídicas de forma privada meramente instrumentales, pues también en este último caso se ponen en juego cuestiones esenciales para la vida municipal, como son las alegadas en el recurso (justificación de la necesidad del contrato, suficiencia de la financiación, etc.). Dado que la posibilidad de gestionar servicios locales con entes instrumentales es amplia, esta interpretación podría vaciar de contenido el artículo 63.1 b) LBRL para grandes sectores de la actividad contractual local, lo que sería especialmente grave cuando se trata, como en este caso, de actos sujetos, en última instancia, al orden jurisdiccional contencioso administrativo a pesar de dictarse por una persona jurídica de derecho privado. Esta argumentación es acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2009 (recurso 447/2002); aunque su tema central es la denegación a un concejal del acceso al expediente de una operación urbanística tramitada por una sociedad municipal, sus razonamientos son aplicables al caso porque el núcleo del debate es si el derecho de participación



política reconocido en el artículo 23 de la Constitución, al que en definitiva obedece el artículo 63.1 b) LBRL, puede ser limitado cuando la Entidad Local actúa por medio de un ente instrumental. La sentencia establece que una sociedad mercantil de capital íntegramente público, como es el caso de AK, «(...) no puede concebirse al margen del Ayuntamiento que la ha constituido, pues su creación no responde a otra cosa que a la mejor satisfacción de los intereses generales que tiene confiados la Corporación Local mediante la prestación en régimen de gestión directa de diversos servicios del municipio. Además, el Ayuntamiento la gobierna a través de la Junta General, integrada por el alcalde y todos los concejales, y la controla mediante los instrumentos que la legislación de régimen y de haciendas locales le atribuye. En otras palabras, esta sociedad no es equiparable desde el punto de vista de su posición y de los fines que persigue a una entidad privada cualquiera: es un instrumento creado para la realización de los intereses municipales y, por tanto, subordinado a ellos y a la corporación que los tiene encomendados.» La sentencia concluye que, con esta premisa, los motivos de casación, que sostienen la legalidad de la denegación de acceso deben rechazarse, pues «no pretenden otra cosa que rechazar con argumentos formales una actuación que quiere negar la realidad de las cosas y justificar la sustracción al control que ejercen los concejales de parte importante de la gestión municipal.» Asimismo, se afirma que «(...) el derecho fundamental de quienes desempeñan esos cargos públicos representativos a ejercerlos valiéndose de todos los medios que la Ley les confiere está directamente vinculado con el derecho de los ciudadanos a quienes representan de participar, en este caso, en la vida local a través de ellos y que esa participación indirecta ha de extenderse a todos los extremos de la actuación municipal sin que haya espacios exentos de la misma y a lo que implica de control democrático (...)». Finalmente, la sentencia recuerda que la distinta personalidad jurídica no separa a las sociedades públicas del sector público local, ni elimina su carácter instrumental.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que uno de los concejales recurrentes (D. LOÏC ALEJANDRO) es miembro del Consejo de Administración de AK. El artículo 251 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (TRLSC), que a su vez se remite al artículo 204 de la misma norma, reconoce la legitimidad de los administradores para impugnar los acuerdos del Consejo de Administración o de otros órganos colegiados



de administración cuando, entre otros supuestos, sean contrarios a la Ley. No tiene sentido entender que el administrador de una empresa que responda únicamente al interés privado pueda impugnar los acuerdos ilegales del Consejo del que es parte y en cambio el administrador de una empresa pública, designado por la Administración titular del capital social en razón de su representación política, no pueda utilizar la vía del recurso especial en defensa del interés general, prevista por el legislador para procurar la aplicación efectiva de la normativa de contratación pública y cuyo ámbito incluye actos de las sociedades públicas como el ahora recurrido.

Por todo ello, el recurso debe admitirse a trámite.

**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. En el presente caso, ambos recurrente impugnan el Pliego de Cláusulas Económico Administrativas (en adelante, PCEA) del servicio de “Gestión integrada del proyecto de construcción para la remodelación del Estadio de Anoeta en Donostia-San Sebastián”, correspondiente a la categoría 12 del Anexo II del TRLCSP (Servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería, etc.) con un valor estimado de 2.200.500,00 € encontrándonos, en consecuencia, ante un contrato de regulación armonizada (artículos 16.1 b) y 40.1 a) del TRLCSP).

**CUARTO:** Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico, AK tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

**SEXTO:** Los motivos de los recursos son, en síntesis, los siguientes:

**A) Recurso de los concejales (EB 2016/93)**



a) El contrato incumple las normas de preparación del TRLCSP (se cita el artículo 109 TRLCSP). AK no ha garantizado la viabilidad, la financiación y la conveniencia de proyecto y, sin embargo, ha tomado decisiones que le llevan a incumplir el TRLCSP:

- Asunción como base para la obra del Estadio de un proyecto constructivo elaborado por la Real Sociedad, inquilino de Estadio, y donado posteriormente a AK.
- Inaplicación del contrato de arrendamiento existente con la Real Sociedad, en cuya cláusula undécima figura la obligación del club de pagar todas las reformas del campo que se correspondan con sus propios objetivos.

b) No se ha suscrito el necesario convenio con otras administraciones y con la Real Sociedad para obtener la financiación necesaria; el pliego técnico reconoce que el proyecto donado por la Real Sociedad debe ser modificado, sin que sepa cuánto dinero puede suponer esa modificación, de ahí la imposibilidad de llegar a un acuerdo financiero. Hay falta de disponibilidad presupuestaria previa que asegure el resultado del concurso, y no hay acreditación de que las empresas y organismos que van a cofinanciar el proyecto hayan garantizado el desembolso de la parte que les corresponde en el Convenio de financiación.

c) No se ha motivado la necesidad del contrato. El Consejo de Administración ha dado por demostrada su necesidad, y no existe expediente que se pueda aportar al respecto, simplemente porque no existe. Tampoco el Consejo de Administración ha justificado la supuesta viabilidad del proyecto, es decir, la inversión necesaria. Los artículos 121, 123 y 124 del TRLCSP exigen la realización de un estudio de viabilidad previa del proyecto de remodelación, así como que el proyecto constructivo esté realizado por la propia administración. Se pretende lanzar una obra en una parcela de dominio y servicio público basándose en el proyecto donado por el inquilino sin que haya un proyecto de viabilidad económico financiero y técnico que asegure la viabilidad del proyecto, que contradice los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad que marca en artículo 133 de la LBRL.





d) Se alega que las cláusulas 4, 7 y 29 del PCEA vulneran el artículo 155 TRLCSP, pues permiten desistir del contrato si se produce un retraso en la suscripción de los convenios de financiación previstos en el plan económico-financiero, ya que se trata de una causa que no es de interés público y que se puede evitar si se espera a tener la financiación necesaria para abordar el procedimiento de adjudicación; por otro lado, solo se indemniza al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, y no a los demás, como pide el artículo 155 TRLCSP.

e) Se considera abusiva y desproporcionada la posibilidad que AK se reserva de resolver el contrato formalizado unilateralmente y sin causa.

f) La cláusula 26 del PCEA incumple los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, pues permite modificaciones de modo genérico y permitiendo la arbitrariedad del poder adjudicador.

g) Las penalizaciones fijadas en la cláusula 28 afectan al principio de proporcionalidad.

h) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad de las cláusulas 3, 4, 26, 27 y 28 del PCEA.

### **B) Recurso del COAVN (EB 2016/94)**

a) Se alega la ausencia de licitación del proyecto de ejecución; la cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) menciona un proyecto carente de licitación pública, incurriendo en vulneración de los principios rectores de la contratación pública de los artículos 1 y 139 del TRLCSP y omitiéndose la publicidad prevista en el artículo 142 del TRLCSP en la adjudicación de la redacción del Proyecto de Ejecución. Solicita que se respeten los principios rectores de la contratación pública mediante la convocatoria pública del contrato para la redacción del Proyecto Básico y/o Ejecución para la remodelación del estadio de Anoeta en Donostia-San Sebastián.



b) Se denuncia el contenido de la cláusula 4 del PCEA sobre suspensión y resolución unilateral del contrato; considera que de su contenido se desprende la falta de aprobación presupuestaria previa a la licitación del contrato, dando al traste con lo previsto en el artículo 109 del TRLCSP sobre existencia de crédito. Por otro lado, la cláusula contiene una facultad de privilegio frente a todo licitador al reservarse AK la facultad de suspensión y resolución unilateral del contrato, contraviniendo el artículo 155 del TRLCSP, lo que le es una medida abusiva.

c) La cláusula 8 del PCEA infringe el artículo 78 del TRLCSP, pues la solvencia a acreditar debería referirse a los últimos cinco años y no a tres.

d) Se rechaza el contenido de la cláusula 26 del PCEA porque contraviene los artículos 105, 106 y 107 del TRLCSP al sobrepasar los límites y porcentajes previstos en estos artículos.

e) Se alega que las penalizaciones de la cláusula 28 son desproporcionadas puestas en relación con las indemnizaciones de la cláusula 4.

f) Finalmente, se solicita que quede abierta a los arquitectos la posibilidad de participar en el concurso que no ha existido hasta el presente, y subsidiariamente la modificación de los pliegos que han de regir el contrato, y a su vez, que se anule la convocatoria dictando una nueva que recoja los criterios expuestos en el recurso.

**SÉPTIMO:** Las alegaciones del poder adjudicador para oponerse a los recursos se basan en los argumentos que a continuación se resumen:

a) La remodelación de la obra de Anoeta es compleja tanto a nivel técnico, por la complejidad de estructuras, como a nivel de coordinación, porque la obra se prevé ejecutar por lotes acorde con la exigencia de la nueva directiva sobre contratación pública, lo que requiere de un equipo con diferentes especializaciones que den asistencia al director de la obra, además de requerimiento de la coordinación en materia de seguridad y salud. Para la licitación de la obra es necesario que estén



estos servicios adjudicados; por eso, aunque no estén suscritos los acuerdos de financiación de la obra de remodelación sí están desarrollados los aspectos fundamentales, por lo que en breve se procederá a su suscripción.

b) La preparación de los contratos que celebran los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de administraciones públicas se rige por el artículo 137 del TRLCSP, y que al contrario de lo que se alega por los recurrentes no son de aplicación los artículos 109, 121, 123 y 124 del TRLCSP porque se circunscriben a contratos celebrados por Administraciones Públicas. La gerencia de AK ha justificado la necesidad de contratar estos servicios por falta de recursos humanos técnicamente cualificados de la propia sociedad.

c) La alegación sobre la ausencia de licitación del proyecto de ejecución es inadmisibles por quedar fuera del objeto contractual. Una de las prestaciones que contempla el objeto del contrato es la adecuación del proyecto de ejecución de las obras de remodelación, pero el procedimiento de elaboración de ese documento es un procedimiento distinto e independiente de la licitación actual y no están vinculados, y no puede afectar al contrato de servicios que ahora se licita ni al contrato de obras que en su caso se pueda licitar en el futuro las irregularidades, por otra parte inexistentes, respecto al proceso de obtención del documento que ahora se quiere tramitar. La aceptación de una donación por parte de quien tiene la cualidad de cesionario principal del uso es un negocio jurídico perfectamente válido para una persona jurídica como AK, y encuentra su justificación en la voluntad del inquilino a colaborar y participar en la realización de obras, aspecto previsto en el contrato de cesión de uso actual y perfectamente incardinada en la legislación vigente.

d) Por lo que se refiere a la situación financiera y económica del contrato, señala el informe que los acuerdos de colaboración con el resto de instituciones vascas y de aportación por el cesionario principal, al que le vinculan obligaciones de participación en reformas y reparaciones, está ya ultimado y pendiente tan solo de definitiva concreción de redacción de determinadas cláusulas. Concluye que las actuaciones



que han llevado a AK a contar y aprobar un proyecto de obra o el desarrollo de la planificación económica para la financiación de la remodelación no son, según el artículo 40.2 del TRLCSP, actos o actuaciones susceptibles de ser objeto de recurso especial en materia de contratación.

e) Se alega que el sometimiento de la adjudicación a la condición suspensiva de aprobación de los convenios de subvención es una determinación válida y admisible, tal y como lo interpreta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 49/00. Los convenios de financiación a suscribir con el Gobierno Vasco y la Diputación están en tramitación y la suscripción es inminente. La renuncia a la celebración del contrato, en el caso de que transcurra el plazo de suspensión sin suscribirse los convenios de financiación sería válida porque concurriría una causa de interés público, ya que en otro caso AK estaría obligada a pagar el servicio con sus propios recursos.

f) El desistimiento unilateral, previsto como una causa de extinción del contrato, es una determinación que corresponde a la fase de ejecución del contrato, a la que es de aplicación el derecho privado (artículo 20.2 del TRLCSP). El derecho civil admite sin discusión, al amparo del principio de libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil, la previsión de desistimiento unilateral y de sus consecuencias. Así lo establece también el artículo 1.594 del Código Civil, en el caso de contrato de obra, incluso no estando previsto en el contrato. La cláusula responde a la razón de ser del propio contrato de arrendamiento de servicios ya que, si durante la duración del mismo el órgano de contratación estima que no va a conseguir ventaja o beneficio, es razonable que pueda desistir de que continúe la actividad de la arrendadora, porque la utilidad es un elemento consustancia de la prestación que integra la obligación de hacer y, además, se ha previsto para estos casos una indemnización al adjudicatario.

g) Frente a la alegación de que, en virtud del artículo 78 del TRLCSP, el período de experiencia a tener en cuenta debe ser de cinco años en lugar de los tres como indican los pliegos, se invoca la doctrina de los Tribunales Administrativos del



contratación emitida en su documento conjunto sobre “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, según el cual por el efecto directo de la Directiva 2014/24/EU son de aplicación al contrato sus artículos 58 y 60, y según el Anexo XII, Parte II: Capacidad técnica, entre los medios para acreditar la capacidad técnica de los operadores económicos contemplada en el artículo 58 está la relación de principales servicios efectuados durante, como máximo, los tres últimos años.

h) Es erróneo decir que el pliego deba respetar los límites señalados en el artículo 107 del TRLCSP, sin que pueda superar el 10% ni ampliar el contrato; estos límites son aplicables únicamente a las causas de modificación no previstas expresamente en el pliego, mientras que el artículo 106 permite modificaciones cuando se hayan advertido expresamente en el pliego. En relación con el argumento de que las modificaciones “hacen referencia a supuestos totalmente generalísimos sin establecer detalle claro ni preciso alguno”, recuerda que la finalidad del régimen legal de las modificaciones previstas en el contrato es informar a los licitadores de las eventuales modificaciones de forma precisa, de modo que pueda ser tenido en cuenta en su oferta. En este caso, el objeto del contrato engloba prestaciones tan dispares como: «la adecuación del proyecto de ejecución a las cuestiones planteadas en el informe de supervisión; gestión y realojos de los actuales usuarios; preparación de la documentación necesaria en relación con cada lote de la obra, necesaria para su licitación; asesoramiento en las contrataciones; coordinación de contratistas, industriales y suministradores en fase de obras, hasta (incluida) las gestión de la puesta en marcha del edificio; dirección de la ejecución de obra; coordinación de seguridad y salud, así como los trabajos adicionales que se relacionan en el propio pliego», lo que evidencia lo extraordinariamente complejo de los múltiples servicios, que dependen en gran medida del devenir de la ejecución de la propia obra por los respectivos contratistas. En este contexto, pueden acaecer imprevistos que pueden determinar incrementos de importancia en las prestaciones inicialmente previstas y la intensidad de esfuerzo que las mismas demanden. Para salir al paso de dichos supuestos se ha previsto la cláusula 26 del pliego, que permite, en su caso, que los trabajos adicionales, documentos nuevos o proyectos a



generar sean retribuidos, fijando los precios para ello y el procedimiento de las modificaciones. Constata el informe que es evidente la dificultad de prever en el pliego circunstancias imprevisibles y que, obviamente, el grado de concreción no puede ser absoluto, pues en ese caso la causa no sería imprevisible. Apunta que la cláusula debatida cumple con los requisitos en relación con la imprevisibilidad que legitima la modificación del contrato:

- Que las circunstancias sobrevengan posteriormente a la fecha de iniciación del contrato, de manera que con anterioridad a dicho momento no pudieran anticiparse.
- Que sean jurídicamente inevitables para el contratista y no obedezcan, o se hayan producido como consecuencia de imprevisión, negligencia o impericia, en el momento de la redacción del proyecto o en el cálculo de costes del mismo.

Además, los pliegos contemplan cómo se actuará ante las imprevisibilidades que afecten a la correcta ejecución del contrato.

i) Sobre el régimen de penalizaciones previstas en el pliego, se alega que se trata de una materia que hace referencia a la fase de ejecución del contrato, que está reservada al derecho privado. El artículo 212 del TRLCSP es el primer artículo del Capítulo II, titulado “Ejecución de los contratos”, debiendo volver a invocarse el artículo 20.2, primer párrafo, in fine, del TRLCSP, según el cual «En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado». Se añade que, en todo caso, el TRLCSP fija la proporción 0,20 euros por cada 1.000 euros del contrato pudiendo el pliego establecer, atendiendo a las especiales circunstancias del contrato, las que se consideren necesarias para su correcta ejecución.

j) Finalmente, se solicita la desestimación de ambos recursos.

**OCTAVO:** Los reproches de ambos recursos, parcialmente coincidentes, y las apreciaciones que sobre ellos formula este OARC / KEAO se pueden agrupar como sigue:



#### **A) Normas que rigen la preparación del contrato.**

Se impugna el incumplimiento de diversas normas sobre la preparación del contrato. Dado que el contrato impugnado está sujeto a regulación armonizada y lo celebrará un poder adjudicador que no es Administración Pública, la única norma expresamente establecida para su preparación es el apartado 1 del artículo 137 TRLCSP, que es el único artículo encuadrado en el Capítulo Único (“Reglas aplicables para la preparación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas y de contratos subvencionados”) del Título II (“Preparación de otros contratos”) del Libro II (“Preparación de los contratos”) del TRLCSP. Este precepto solo se refiere, por lo que importa al objeto de los recursos, a los artículos 117 a 120 del TRLCSP, y no a las cuestiones mencionadas por los recurrentes. Además, hay que recordar que el artículo 22.1 TRLCSP, que sí es aplicable a AK y a todas las entidades del sector público, establece que «(...) la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.» Determinado de esta forma el régimen jurídico de la preparación del contrato, la apreciación de este OARC / KEAO sobre este motivo de recurso debe empezar por descartar que sean aplicables al caso los artículos citados como infringidos por los recurrentes (artículos 109, 121, 123 y 124 del TRLCSP), pues todos ellos se insertan en el Título I del Libro II, que afecta solo a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y además, en algunos casos se refieren a los contratos de obras y no a los de servicios, que es el supuesto analizado. Ello lleva a rechazar las alegaciones, si bien deben formularse algunas precisiones en el caso de los reproches relativos a la justificación de la necesidad del contrato (que se rige, como ya se ha dicho, por el artículo 22.1 TRLCSP) y a la falta de consignación presupuestaria previa.

#### **a) Justificación de la necesidad de la contratación**



En el expediente consta un informe de la Directora de AK, de fecha 2 de junio de 2016, que expone los motivos por los que entiende necesario contar con los servicios de asistencia cualificados que son el objeto del contrato impugnado. En resumen, la contratación se justifica por la complejidad técnica de la obra de remodelación del Estadio, la necesidad de contar con una coordinación de las empresas que vayan a intervenir en ella (la obra se prevé ejecutar por lotes) y que asegure que los trabajos perjudiquen lo menos posible el uso habitual del inmueble; todo ello exige contar con un equipo técnico del que AK no dispone y que debe contratarse antes de que se inicie la obra o se suscriban los acuerdos de financiación. A juicio de este OARC / KEAO, este contenido es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 22.1 TRLCSP, sobre todo teniendo en cuenta que el poder adjudicador tiene una amplia discrecionalidad para configurar el objeto contractual (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2016 de este OARC / KEAO).

**b) Cobertura financiera del contrato.**

Se alega que el contrato carece de disponibilidad presupuestaria. Es indudable que la necesidad de que la actividad contractual se ajuste a las posibilidades económicas de las entidades del sector público es una exigencia de los principios de estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiencia (artículo 1 TRLCSP). Además, el respaldo financiero del contrato es una garantía para los potenciales licitadores, pues confirma la seriedad de la intención de contratar de la entidad y la certeza de que va a cumplir con sus obligaciones de pago. Existen en el TRLCSP varios artículos que, en desarrollo de estos principios generales, introducen como requisito de la preparación del contrato la constancia documental en el expediente del crédito adecuado y suficiente para afrontar las obligaciones económicas derivadas del contrato que en su día vaya a celebrarse, como los artículos 109.3 (certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya) o 109.5 (acreditación de la disponibilidad de las aportaciones de las Administraciones en los contratos cofinanciados). Sin embargo, como ya se ha dicho anteriormente, dichos preceptos, que exigen una consignación presupuestaria previa antes del inicio de la licitación, no son aplicables a los contratos tramitados por los poderes adjudicadores que,





como AK, no son Administraciones Públicas. Ello es plenamente coherente con la distinta normativa presupuestaria aplicable a ambos tipos de poder adjudicador. En general, las Administraciones Públicas sujetan sus procedimientos de adjudicación a una ejecución presupuestaria en fases sucesivas que se inicia con la “autorización” del gasto, acto mediante el que se acuerda su realización por importe cierto o aproximado con cargo a un determinado crédito, reservando a tal fin la totalidad o una parte disponible del mismo (ver, por ejemplo, el artículo 40.2 de la Norma Foral 21/2003 de 19 de diciembre, presupuestaria de las Entidades Locales del Territorio Histórico de Gipuzkoa) y cuya toma de razón contable se identifica con el certificado al que se refiere el artículo 109.3 TRLCSP. En cambio, a las sociedades públicas, a pesar de su sujeción en muchas materias hacendísticas y presupuestarias a la normativa pública (ver, por ejemplo, el artículo 85ter de la LBRL), les es ajeno ese sistema de ejecución presupuestaria. La constancia de la cobertura presupuestaria del contrato solo aparece en el TRLCSP en un artículo aplicable a los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, el artículo 26.1 k) del TRLCSP, que establece que «El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio» debe figurar necesariamente en el documento que formaliza el contrato; es decir, AK solo debe acreditar la suficiencia económica en el momento de la formalización del contrato, que coincide con el de su perfección, según el artículo 27.1 TRLCSP, lo que es razonable, ya que solo entonces nacen las obligaciones contractuales de las partes y no le es exigible realizar ninguna “reserva de crédito” previa a ese momento. Consecuentemente, y por los mismos argumentos, tampoco es estrictamente necesario que las posibles aportaciones de otras entidades públicas o de entidades privadas contractualmente obligadas a cofinanciar el contrato estén amparadas por convenios ya suscritos o por compromisos firmes de las mismas desde antes del inicio del procedimiento de adjudicación.

### **B) Uso de un proyecto de ejecución entregado por un tercero.**

El COAVN impugna el no haber sometido a un procedimiento de concurrencia competitiva el proyecto de ejecución de las futuras obras de remodelación del



estadio de Anoeta, que es el documento sobre el que se basan las prestaciones y obligaciones definidas en los pliegos que se impugnan que consisten, básicamente, en la aportación de un equipo multidisciplinar para la supervisión, coordinación, planificación, administración y asistencia a la dirección de obra en lo concerniente a la obra de remodelación. En el expediente remitido por el poder adjudicador consta el contrato suscrito con fecha 10 de julio de 2015 por la Real Sociedad de Fútbol, S.A.D. (en adelante, RS) y AK, en virtud del cual RS dona pura y simplemente a AK el pleno dominio y titularidad del proyecto de ejecución de la remodelación del estadio de Anoeta, del proyecto básico de la remodelación del Miniestadio de Anoeta y del plan especial de ordenación urbana referida al A.I.U. “AM.08 ANOETA (AMARA BERRI)” (cláusula primera del contrato), acordando que la cesión de los derechos de explotación que comporta la donación se realiza con carácter exclusivo y para todo el ámbito territorial mundial, y comprende el derecho de uso, los derechos de explotación (derecho de reproducción, derecho de distribución, derecho de comunicación pública, total o parcial y derecho de transformación) y, en general, todos los derechos de propiedad intelectual e industrial que ostente la RS sobre los mismos (cláusula segunda). La razón de esta donación radica, según se señala en la parte expositiva del contrato, en que la anulación por la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO del procedimiento de licitación de la redacción del proyecto, ejecución de la obra de reforma y ampliación y posterior explotación del estadio de Anoeta hace que los proyectos carezcan de ámbito de desarrollo y utilización por parte de la RS.

Esta alegación se refiere a supuestas irregularidades de un contrato distinto del que se impugna, sin que se justifique en qué medida sus supuestas irregularidades implican también vicios jurídicos en los pliegos recurridos. Por otro lado, el artículo 4.1.p) del TRLCSP excluye de su ámbito objetivo, entre otros, los contratos de donación sobre propiedades incorpóreas, como el que ahora nos ocupa, que se rigen por la legislación patrimonial (que en el caso de AK es la propia del Derecho privado y no la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas). Consecuentemente, también se trata de un contrato excluido del ámbito objetivo del recurso especial conforme al artículo 40.1 del TRLCSP, por lo que no es posible que



este Órgano entre siquiera a valorar la legalidad de su contenido o la de su tramitación previa. Por todo ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

### **C) Suspensión y desistimiento de la adjudicación**

El PCEA contiene en su cláusula cuarta la siguiente estipulación, que se considera abusiva por los recurrentes:

«AK se reserva la facultad unilateral de suspender la adjudicación del contrato, una vez identificada la oferta económicamente más ventajosa y antes de requerir al licitador la presentación de la documentación a que se refiere la cláusula 13ª, por un plazo máximo de 6 meses, sin consecuencia indemnizatoria alguna, en el caso de retraso en la suscripción de los convenios de financiación previstos en el plan económico-financiero.

Transcurrido dicho plazo sin la final suscripción de los convenios, AK se reserva la facultad de desistir unilateralmente del procedimiento, en cuyo caso abonará al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, como indemnización por todos los conceptos, la suma de diez mil (10.000) euros.»

Esta estipulación contiene, en realidad, dos figuras jurídicas diferentes que deben analizarse por separado; en primer lugar, el poder adjudicador se reserva una posibilidad de suspender el procedimiento de adjudicación del contrato; en segundo lugar, se recoge una facultad de desistimiento de dicha adjudicación.

Por lo que se refiere a la suspensión del procedimiento de adjudicación, este OARC / KEAO entiende que no es aceptable. El artículo 151.2 TRLCSP establece que «El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente»; este mismo plazo es el que recoge la cláusula



13ª del PCEA. Se trata de una norma imperativa y referida al procedimiento de adjudicación, por lo que es indisponible para el órgano de contratación, que no puede alterarla mediante una prescripción de los pliegos que le conceda esa facultad. No es aquí aplicable el principio de libertad de pactos del artículo 25.1 TRLCSP porque la cláusula debatida no se refiere al contenido del contrato (es decir, no es una condición suspensiva sobre obligaciones contractuales, que no han nacido), ámbito objetivo de dicho principio, sino al procedimiento de adjudicación, en el que el margen de actuación del órgano de contratación se reduce a los aspectos que el propio TRLCSP declara disponibles, margen que en el caso analizado no existe. Por otro lado, el ejercicio de la facultad unilateral se condiciona al retraso en la suscripción de los convenios de financiación, sin matización alguna sobre la responsabilidad o culpabilidad de dicho retraso, que puede ser también atribuible al poder adjudicador o al Municipio que lo tutela, lo que puede resultar en una actuación arbitraria.

Respecto a la facultad de desistir del procedimiento, hay que partir de que el artículo 155 TRLCSP permite que el poder adjudicador desista o renuncie por razones jurídicas o de oportunidad, respectivamente, de la adjudicación del contrato. En su Resolución 31/2016, el OARC / KEAO señaló que «(...) en principio, la pérdida sobrevenida de una subvención asociada a la ejecución del contrato puede aceptarse como un motivo de interés general válido para renunciar a su celebración, pues se alteran sus consecuencias presupuestarias, de modo tal que el hecho de que el gasto no vaya a ser ya parcialmente compensado con financiación ajena hace que pueda perder interés la adquisición al tener que asumirse un gasto no previsto (o, más precisamente, al perderse un ingreso previsto), lo que desvirtúa los iniciales cálculos sobre la eficiencia del contrato en los que debe basarse la actividad contractual del sector público (artículo 1 TRLCSP)». Este criterio es aplicable también a un supuesto como el planteado, en el que finalmente no se materializa un compromiso de financiación con el que razonablemente se contaba. Desde ese punto de vista, la cláusula no es sino la especificación de un caso concreto de motivo de renuncia legalmente admisible y no cabe formularle reproche alguno (no de desistimiento, como dice el PCEA, si bien esto es poco relevante, puesto que las consecuencias jurídicas son prácticamente idénticas). No sucede lo mismo con la previsión de que, si se hace uso de la cláusula, se abonará



al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, como indemnización por todos los conceptos, la suma de 10.000 euros. El artículo 155.2 TRLCSP establece que, en caso de desistimiento o renuncia, se compensará a los licitadores por los gastos en los que hubiesen incurrido de acuerdo con lo dispuesto en el anuncio, en el pliego o en los principios generales de responsabilidad de la Administración. Este precepto se incumple porque solo se recoge la indemnización a un licitador (el que haya presentado la mejor oferta) y no a los demás. Dado que la finalidad de la norma es compensar los gastos y perjuicios de presentación de la oferta y éstos, en principio, son equiparables para todos los licitadores, no hay razón para privilegiar la posición del propuesto como adjudicatario que, además, no disfruta de ningún derecho adicional por tener esta condición (artículo 160.2 TRLCSP).

En consecuencia con todo lo anterior, debe anularse el primer párrafo mencionado en este epígrafe, relativo a la suspensión del plazo de adjudicación del contrato, así como el párrafo segundo, relativo al desistimiento del procedimiento desde el inciso “en cuyo caso...” hasta el final. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, si bien la causa de renuncia del segundo párrafo es válida, su redacción debe ajustarse, en su caso, como consecuencia de la anulación del primer párrafo, suprimiendo la referencia a “Transcurrido dicho plazo...”

#### **D) Resolución unilateral del contrato.**

Los recursos critican por abusiva y desproporcionada la facultad que AK se reserva de desistir unilateralmente del contrato, en los siguientes términos (cláusula 5ª):

«Asimismo, una vez formalizado el contrato AK se reserva la facultad de desistir unilateralmente del mismo, sin necesidad de invocar causa alguna al efecto, con un preaviso mínimo de 2 MESES. Estando prevista, según cronograma adjuntado, la ejecución de la obra en 5 fases, el adjudicatario tendrá derecho, en dicho supuesto de desistimiento, a recibir, como indemnización por todos los conceptos, un importe equivalente al 3% de la parte no devengada de los honorarios que hubieran correspondido, por obra ejecutada, a



dicha fase (según cronograma aportado por AK) y un 0,5% de los que hubieran correspondido a la siguiente o a las siguientes.»

La estipulación se reserva la posibilidad de desligarse unilateralmente del contrato una vez formalizado y sin necesidad de aportar justificación alguna. Tal y como alega el poder adjudicador esta facultad está prevista en el art. 1.594 del Código Civil y nos hallamos ante un contrato que en lo referente a sus efectos y extinción se rige por el derecho privado (art. 20.2 TRLCSP), lo que daría validez a la estipulación. Además, tradicionalmente, las sucesivas Directivas europeas sobre contratación pública han regulado únicamente el procedimiento de selección del contratista que presenta la oferta económicamente más ventajosa, dejando en manos de los ordenamientos nacionales la normativa sobre ejecución del contrato. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por ejemplo en la sentencia de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236, ha superado esta visión y ha establecido que los principios generales que rigen la contratación pública, en especial los de igualdad de trato y transparencia (a los que debe añadirse ahora el de proporcionalidad, según el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24), deben respetarse por supuesto en el procedimiento de adjudicación, pero también durante la ejecución del contrato y hasta que ésta finalice; en particular, se considera contrario a la igualdad de trato que se modifiquen unilateralmente por el poder adjudicador las condiciones esenciales de la licitación. Esta doctrina, que como es típico del Derecho de la Unión Europea de la contratación pública no distingue entre contratos privados y administrativos, es la que ha forzado, por ejemplo, la actual redacción de los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, relativos a la modificación del contrato y aplicables también a los contratos privados (artículo 20.2 TRLCSP), y es la inspiración de los artículos 72 (modificación del contrato) y 73 (rescisión del contrato) de la Directiva 2014/24, sobre contratación pública. Conviene recalcar que la jurisprudencia citada se aplicó a las modificaciones contractuales a pesar de que no había en las Directivas entonces vigentes ninguna referencia expresa a la fase de ejecución del contrato, igual que no hay ahora ninguna referencia expresa en la Directiva 2014/24 a la rescisión unilateral por el poder adjudicador sin mediar causa alguna. Sin embargo, es claro que, si el principio de



igualdad de trato (recogido también en el artículo 1 TRLCSP) limita las modificaciones que pueden desvirtuar el procedimiento de adjudicación, incluyendo, en ciertos casos, el cambio de contratista una vez perfeccionado el contrato (ver el artículo 72.1 d) de la Directiva 2014/24), con más razón se opone a una facultad del órgano de contratación que le permite privar arbitrariamente al adjudicatario elegido de su condición de contratista. Por ello, no puede aceptarse la aplicación sin matices, incondicionada y sin necesidad de justificación, del artículo 1.594 del Código Civil a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas. Como ya se ha dicho anteriormente, AK no puede, salvo que se desvíe del objeto societario que justifica su existencia, actuar como una sociedad mercantil cualquiera, ya que es un ente instrumental que está gestionando un servicio de titularidad pública y no puede soslayar las previsiones legales que regulan el procedimiento de adjudicación de sus contratos mediante el uso de una norma o estipulación que le permite alterar libremente el resultado de dicho procedimiento (ver también el Fundamento de Derecho Décimo de la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO). Consecuentemente, la cláusula debe anularse.

#### **E) Modificación del contrato.**

Se recurre la cláusula 26 del PCEA por dos motivos: establece un límite a la modificación superior al 10% del precio del contrato y no se detallan de forma precisa, clara e inequívoca las condiciones de la modificación; en concreto, el contenido de la cláusula es el siguiente:

«Asimismo, el órgano de contratación podrá modificar el contrato, en un porcentaje no superior al 20% del precio del contrato, en el supuesto de que, en cualquier momento durante la ejecución de la obra se ponga de manifiesto la necesidad de modificar la documentación elaborada o a elaborar nueva documentación o, en general, incrementar sustancialmente los servicios a prestar, a juicio de AK.

Las modificaciones se tramitarán, en cualquier caso, a instancia de AK y en los términos contenidos en el presente Pliego. Deberán identificarse con exactitud, en una adenda los servicios a prestar, siendo la misma suscrita por ambas partes e incorporada al contrato.



El precio de la modificación se calculará aplicando los precios unitarios proporcionados en su oferta económica por el adjudicatario.»

En primer lugar, hay que señalar que, como acertadamente señala el poder adjudicador, el límite del 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato se refiere a las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (ver el artículo 107.3 d) en relación con el 107.2, ambos del TRLCSP). Sin embargo, la cláusula que se impugna se rige por el artículo 106 del TRLCSP, que recoge la posibilidad de que los contratos del sector público puedan modificarse si así lo prevén los pliegos o el anuncio de licitación, por lo que no es aplicable el citado límite porcentual.

La posibilidad de prever en la documentación contractual la modificación del contrato está condicionada, en síntesis, al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en las que podrá modificarse el contrato, definiéndose los supuestos que autorizan la modificación por referencia a circunstancias que puedan verificarse objetivamente; así, las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de requisitos de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.
- Que se señale el alcance y límite de las modificaciones que puedan acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar.
- Que se señale el procedimiento que haya de seguirse para ello.

La cláusula 26 del PCEA enumera como supuestos que autorizan la modificación la ejecución de la obra, la necesidad de modificar la documentación elaborada o elaborar nueva documentación o, en general, incrementar sustancialmente los





servicios a prestar. La enumeración de estos supuestos resulta de lo más genérica y redundante y no aporta precisión alguna y, aunque estuvieran más concretados, el supuesto de cierre final (la necesidad de incrementar sustancialmente los servicios a prestar) es tan amplia que hace que cualquier circunstancia pueda ocasionar la modificación del precio del contrato hasta un 20 por ciento. Nos hallamos ante un contrato de asistencia a la dirección de una obra cuyas características hacen suponer que pueden surgir incidencias durante su ejecución, pero ello no significa que no se puedan concretar con más detalle los supuestos que habilitan a la modificación (ver, por ejemplo, los apartados 35 y siguientes de la sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634). En consecuencia, este motivo impugnatorio ha de ser estimado, y la cláusula reproducida en este epígrafe, anulada.

#### **F) Proporcionalidad de las penalizaciones.**

Se impugna la cláusula 28 del PCEA, relativa a las penalidades, por considerar que son desproporcionadas. El contenido de la cláusula es el siguiente:

##### «28. IMPOSICIÓN DE PENALIZACIONES

El contratista está obligado a cumplir tanto el plazo final como los plazos parciales que, en su caso, sean fijados.

Si el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o parcial o de los hitos establecidos en el calendario contractual de trabajos, podrá AK optar por resolver el contrato por incumplimiento del mismo, o continuar en su ejecución, devengándose en este último caso a favor de AK, adicionalmente a cualesquiera indemnizaciones de daños y perjuicios que procedan penalizaciones diarias por importe de 2.000 euros.

Si bien la totalidad de los plazos, totales o parcial de ejecución, tienen carácter esencial, tal carácter es aún mayor en el caso de los plazos previstos en la Cláusula 4ª para la presentación de la documentación necesaria para inicial la licitación de los lotes 1 (obra civil), 2 (estructura metálica) y 3 (rebaje del campo), siendo en este caso las penalizaciones diarias por demora por importe de 5.000 euros.



Cuando AK opte por la imposición de penalizaciones, concederá la ampliación del plazo que estime necesaria.

Cada vez que las penalizaciones por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, AK estará facultada para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalizaciones.

Cuando el cumplimiento de la prestación dependa o esté en función de otros trabajos o factores ajenos al contratista, de forma que éste haya de ajustarse a los plazos de realización o disponibilidad de los mismos, los retrasos debidos a ello no darán lugar a la aplicación de penalizaciones, sin perjuicio de lo previsto para los casos de suspensión.

El contratista responderá de las desviaciones presupuestarias, tanto por exceso como por defecto, que se produzcan en la ejecución de las obras como consecuencia de indefiniciones, carencias, defectos, errores u omisiones imputables al mismo. En estos supuestos de desviaciones, el contratista indemnizará a AK conforme al siguiente baremo:

- Desviación superior al 10% e inferior al 20%, indemnización equivalente a un 30% de los honorarios.
- Desviación superior al 20% e inferior al 40%, indemnización equivalente a un 40% de los honorarios.
- Desviación superior al 40%, indemnización equivalente a un 50% de los honorarios.

Los importes de las penalizaciones se harán efectivos en primer lugar sobre la garantía definitiva y mediante deducción de los mismos en las certificaciones o facturas que se produzcan. El exceso será objeto de la reclamación correspondiente. AK exigirá al contratista la subsanación de los defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios que le sean imputables, otorgándole al efecto un plazo prudencial que no podrá exceder de dos meses. El tiempo requerido para las correcciones de los trabajos defectuosos o mal ejecutados se computará a efectos de sanción por retrasos, de acuerdo con lo establecido en la presente Cláusula

Si transcurrido el referido plazo las deficiencias no hubiesen sido corregidas, AK podrá, atendiendo a las circunstancias concurrentes, optar por la resolución del contrato o por conceder un nuevo plazo al contratista. En el primer caso, procederá la incautación de la garantía, incurriendo el contratista en la obligación de abonar a AK una indemnización



equivalente al 25 por 100 del precio del contrato. En el segundo caso, el nuevo plazo concedido para subsanar las deficiencias no corregidas será de un mes improrrogable, incurriendo el contratista en una penalidad equivalente al 25 por 100 del precio del contrato. De producirse un nuevo incumplimiento procederá la resolución del contrato con obligación por parte del contratista de abonar a AK una indemnización igual al precio pactado con pérdida de la garantía.

La totalidad de las penalizaciones previstas en la presente Cláusula tendrán carácter acumulativo a las eventuales indemnizaciones de daños y perjuicios que puedan ser efectivamente acreditadas.

En general, el contratista responderá de todos los daños y perjuicios causados a AK como consecuencia de la defectuosa ejecución de los trabajos objeto del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto a la subsanación de errores y responsabilidades relativas a la elaboración de Proyectos de obras, se estará a lo dispuesto en los artículos 310 y siguientes del TRLCSP que, a estos efectos, se establecen expresamente como de aplicación.

Con independencia de lo previsto en los párrafos anteriores, el contratista responderá de los daños y perjuicios que durante la ejecución o explotación de las obras se causen, tanto a AK como a terceros, por defectos o insuficiencias técnicas en sus trabajos o servicios o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido, imputables a él.»

Las penalidades por ejecución defectuosa y demora en los contratos privados, como el impugnado, se regulan por el Derecho privado como uno de los efectos del contrato (artículo 20.2 TRLCSP), rigiendo, en principio, la libertad de pactos establecida en los artículos 25.1 TRLCSP y 1.255 del Código Civil, así como la discrecionalidad que asiste a AK para delimitar el objeto del contrato. Sin embargo, debe ponderarse también el respeto al principio de proporcionalidad que debe guiar la actuación de los poderes adjudicadores, sea cual sea su forma de personificación (artículo 18.1 de la Directiva 2014/24); además, no puede descartarse que unas cláusulas penales excesivas desvirtúen la licitación al impedir o desincentivar una amplia concurrencia. Con estos parámetros normativos, este OARC / KEAO no



considera que las penalizaciones previstas en la cláusula impugnada sean desproporcionadas, teniendo en cuenta el volumen económico global del contrato, la importancia previsible de la obra a la que se refiere y el procedimiento y los requisitos que se establecen para su imposición. Por lo tanto, el motivo de recurso debe rechazarse.

### **G) Acreditación de la solvencia.**

Alega uno de los recurrentes que la cláusula 8 del PCEA, que limitar a los tres últimos ejercicios la acreditación de la experiencia profesional como requisito de solvencia técnica o profesional conculca el art. 78 del TRLCSP, que recoge el plazo de los últimos cinco años. La estipulación impugnada establece lo siguiente:

«Tener experiencia en trabajos similares a los del objeto del contrato, debiendo acreditar la prestación a lo largo de los tres últimos ejercicios de, al menos, un contrato de Gestión Integrada de Proyecto y/o Construcción en Edificación, con un volumen total de honorarios por dichos servicios superior a 800.000 euros, I.V.A. no incluido.»

La Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público, modificó el artículo 78 del TRLCSP, ampliando de tres a cinco años el periodo de tiempo al que se puede referir la relación de los principales servicios o trabajos realizados por los licitadores, a efectos de acreditar su solvencia técnica o profesional, estableciendo la Disposición transitoria cuarta del TRLCSP que esta nueva redacción iniciaría su vigencia cuando las normas reglamentarias de desarrollo definieran los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establecieran para los distintos tipos de contratos, definición que ha tenido lugar mediante el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El poder adjudicador entiende que, en virtud del efecto directo de los artículos 58 y 60 y Anexo XII de la Directiva 2014/24, esta normativa está desplazada y debe entenderse aplicable el plazo de tres años previsto con carácter general en el apartado II a) ii) de dicho Anexo. No hay duda de que la norma invocada por AK



cumple gran parte de los requisitos generalmente exigidos para que el mandato de una Directiva tenga efecto directo y deba ser aplicado aunque ello suponga ignorar la normativa nacional; en concreto, se trata de una norma clara, precisa e incondicionada que no ha sido incorporada en plazo por el legislador nacional (en este sentido, ver el documento “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, elaborado por los tribunales de recursos contractuales y disponible en la página web del OARC / KEAO, en adelante “documento de los tribunales de recursos contractuales”). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador está invocando frente al COAVN un contenido de la Directiva 2014/24 que establece para los operadores económicos un régimen más restrictivo que el del artículo 78 TRLCSP, pues impide el acceso al procedimiento de adjudicación de empresas o profesionales cuya experiencia previa se adquirió más allá de los tres últimos años pero dentro de los últimos cinco. Este efecto, conocido como “efecto directo vertical descendente”, no está permitido por la jurisprudencia del TJUE (ver, por ejemplo, la sentencia de 12 de diciembre de 2013, asunto C-425/12, ECLI:EU:C:2013:829). El documento de los tribunales de recursos contractuales lo explica en los siguientes términos:

«(...) los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de “evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”. A estos efectos, los poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado.»

Consecuentemente, el motivo de recurso debe estimarse porque la estipulación debatida infringe el artículo 78 del TRLCSP y porque no concurren todos los requisitos para apreciar el efecto directo del apartado II a) ii) del Anexo XII de la Directiva 2014/24. Debe señalarse que, sin perjuicio del carácter de documento de estudio y análisis sin valor vinculante que tiene el documento de los tribunales de



recursos (ver su apartado I), en él se señala el efecto directo de los artículos 58 y 60 de la Directiva 2014/24, pero no de su Anexo XII, que no se analiza en detalle.

**NOVENO:** La anulación de las cláusulas del PCEA mencionadas en la parte dispositiva de esta Resolución implica la cancelación de la licitación; en especial, la anulación de la cláusula relativa a la solvencia supone el reinicio de actuaciones porque se altera una regla fundamental del procedimiento (ver, por analogía, la Resolución 92/2013 del OARC / KEAO, referida a los criterios de adjudicación).

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 de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011 y en el artículo 2 del Decreto 103/2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

### III.- RESUELVE

**PRIMERO:** Estimar parcialmente los recursos interpuestos por LOÍC ALEJANDRO y AMAIA MARTÍN GARÍN, concejales del Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián por el grupo municipal Irabazi Donostia, y COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO, contra los pliegos del contrato de “Gestión integrada del proyecto de construcción para la remodelación del Estadio de Anoeta en Donostia-San Sebastián”, promovido por ANOETA KIROLDEGIA, S.A. en el sentido de:

a) anular las siguientes cláusulas del PCEA, en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Octavo de la presente Resolución:

- Cláusula 4 en los siguientes apartados:

- Párrafo relativo a la facultad de suspender la adjudicación del contrato.
- Párrafo relativo a la facultad de desistir unilateralmente del contrato formalizado.



- Inciso final del párrafo relativo al desistimiento unilateral del procedimiento, desde “en cuyo caso (...)” hasta “(...) euros.”

- Cláusula 8 del Pliego de cláusulas económico administrativas, en lo concerniente a la acreditación de la experiencia en trabajos similares a lo largo de los tres últimos ejercicios.

- Cláusula 26, excepto el párrafo primero.”

b) Cancelar la licitación para que, si se estima oportuno, se proceda a un nuevo procedimiento que tenga en cuenta lo dispuesto en esta Resolución.

c) Desestimar los recursos en todo lo demás.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión del procedimiento ordenada por la Resolución B-BN 11/2016, de 20 de julio de 2016.

**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, 2016ko irailaren 20a**

Vitoria-Gasteiz, 20 de septiembre de 2016