



EB 2023/112

Resolución 183/2023, de 24 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ESTUDIO BELDARRAIN, S.L.P. contra la adjudicación del contrato de “Redacción del proyecto para la reurbanización de la Avenida de Elizatxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de mayo de 2023 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ESTUDIO BELDARRAIN, S.L.P. contra la adjudicación del contrato de “Redacción del proyecto para la reurbanización de la Avenida de Elizatxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 26 de mayo, se recibió, el día 2 de junio, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 30 de mayo, se han recibido las alegaciones de SESTRA INGENIERÍA ARQUITECTURA, S.L. (en adelante, SESTRA), adjudicataria impugnada, el día 2 de junio.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.B.S., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros, conforme al apartado a) del referido artículo 44.1 de la LCSP.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Irún tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

El recurso se basa en los argumentos que se resumen a continuación:



a) La memoria técnica presentada por SESTRA contiene dos variantes de ordenación: una de ellas consiste en un trazado diferente a la pasarela actual, que es calificada por la mesa de contratación como no viable porque conlleva la demolición de dos edificios que cuentan con la protección del Plan General, y pese a ello, recibe 7,5 puntos, cuando lo jurídicamente correcto y lógico hubiera sido otorgarle 0 puntos, y una segunda alternativa, consistente en reemplazar la prolongación de la pasarela en la zona sur de las vías por unas escaleras y ascensor, que debería haber llevado a la exclusión de la oferta por aplicación del artículo 139.1 de la LCSP.

b) El informe que analiza las justificaciones aportadas por SESTRA en el trámite de verificación de su oferta incurso en presunción de anormalidad se limita a dar por buenas las alegaciones efectuadas, pero sin analizarlas. A este respecto, (i) no cabe que un argumento que supondría la exclusión (el análisis de las ventajas y desventajas de las alternativas propuestas) sea la motivación de la aceptación de la oferta, (ii) las referencias al “conocimiento del ámbito de actuación” se ponen en duda, ya que éste no es coincidente, como se afirma, sino colindante, y el propio poder adjudicador calificó la propuesta como no viable, además de no justificar la baja del precio, (iii) la selección de colaboradores conocedores del ámbito y plena experiencia no es una circunstancia excepcional y (iv) por motivos de confidencialidad se desconocen los datos necesarios para juzgar los costes asociados a los servicios, pero en todo caso no puede juzgarse una circunstancia excepcional.

c) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación y que se proceda a la adjudicación del contrato a la siguiente empresa más puntuada, esto es, Estudio Beldarrain, S.L.P.

SÉPTIMO: Alegaciones de SESTRA

Por su parte, SESTRA alega lo siguiente en oposición al recurso:



a) La “no viabilidad” que confiere el Informe técnico a una de las propuestas presentadas por SESTRA no implica que la Memoria técnica presentada no incluya otras aportaciones interesantes para el desarrollo del trabajo. Por otro lado, los pliegos de la licitación en ningún momento establecen la “obligatoriedad de mantener los edificios” que pudiera desacreditar de forma total la propuesta y el hecho de que el PGOU incluya edificios en el Catálogo de Protección Patrimonial no significa que se considera justificado que se pueda modificar dicho grado de protección urbanístico. Finalmente, señalar que el nivel de definición de una oferta no deja de ser “conceptual”, que deberá ser adaptada en detalle a las características y condiciones que establezca el promotor.

b) La propuesta de SESTRA no presenta variantes al objeto principal de la licitación. Se presentan alternativas únicamente en lo relativo al criterio sujeto a juicio de valor “A-2.- Propuesta de distintas soluciones a la problemática de ordenación del ámbito”, aspecto que queda de manifiesto cuando, de acuerdo con lo establecido en los pliegos, en la Primera fase del trabajo la empresa deberá redactar un estudio de Alternativas. Por otra parte, en lo relativo a la “Propuesta de ordenación general” los pliegos tampoco establecen una “solución base” sobre la que presentar variantes.

c) En lo relativo a la justificación de la oferta, (i) la valoración del apartado A.2 permite la presentación de alternativas de ordenación, (ii) el “ámbito de actuación” se debe entender como el área de influencia y de los elementos que tienen afección sobre el proyecto que SESTRA ha adquirido durante el desarrollo del proyecto de la estación de Bentak, (iii) se han seleccionado colaboradores que tienen un conocimiento específico del ámbito por haber participado en el proyecto de la estación de Bentak, (iv) la justificación de los costes es un argumento adicional.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con base en los argumentos que se resumen a continuación:



a) Según el criterio de adjudicación “A.2 Propuesta de ordenación general y de conjunto”, no sólo se valora la ubicación propuesta de la pasarela, sino también otros aspectos como el análisis de las circunstancias peatonales y ciclistas, los espacios de estancia generados, la estructura propuesta, secciones, características de la urbanización, paisajismo, infografías, siendo valorada por todo ello la oferta de SESTRA con 7,5 puntos. A pesar de haber presentado una muy buena exposición la valoración de su oferta ha sido penalizada por haber presentado una ubicación que afectaría a edificios incluidos en el catálogo de protección patrimonial, cuya demolición no está prevista, aunque es una alternativa.

b) En lo relativo a la presentación de más de una alternativa, el pliego no fija una ordenación determinada a la que hay que ajustarse, sino un ámbito de actuación. La cláusula 2 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) contempla la Fase 1 de Estudio de alternativas y la oferta de SESTRA contiene parte de este trabajo. En la oferta técnica, tal y como se especifica en la citada cláusula 2 del PPT, los licitadores pueden plantear diferentes ordenaciones.

c) El informe sobre la baja efectuada no carece de motivación. Cosa distinta es que omite en la justificación datos relevantes que pudieran ser confidenciales según lo establecido en el artículo 133 de la LCSP.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso alega que la oferta de la adjudicataria debe ser excluida por contener una variante prohibida y por haber traspasado el Informe de valoración los límites de la potestad discrecional que le asiste en la valoración del criterio sujeto a juicio de valor “A.2 Propuesta de ordenación general y de conjunto”. Además, considera que el informe que analiza la justificación de la baja presuntamente anormal efectuada por SESTRA no se halla motivado.



Los apartados de los pliegos relevantes para determinar la viabilidad de la impugnación, los cuales rigen el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma y vinculan al poder adjudicador y a los licitadores son los siguientes:

Cláusulas específicas del contrato

12.- VARIANTES

No se admiten

13.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN:

I. CRITERIOS SUJETOS A JUICIOS DE VALOR

(Max. 48 puntos/ Min. 24 puntos):

A) Memoria técnica: Max. 44 puntos.

A1. Descripción y conocimiento del ámbito de actuación y su entorno más próximo, antecedentes a los trabajos a desarrollar, normativa urbanística por la que se vea afectado el ámbito. Descripción y análisis del estado actual, deficiencias en general y necesidades: 14 puntos

A2. Propuesta de ordenación general y de conjunto: 14 puntos.

A3. Localización de servicios existentes y afecciones a los mismos, infraestructuras afectadas y conexiones necesarias, así como análisis y soluciones a cualquier tipo de afección: 8 puntos

A4. Criterios de urbanización propuestos en relación con la sostenibilidad la mitigación y adaptación al cambio climático: 8 puntos

PPT

(...)

1ª DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS A REALIZAR

(...)

Se realizará un estudio de tráfico en la fase de ESTUDIO DE ALTERNATIVAS, que analizará las afecciones en los viales cercanos de la peatonalización completa de este ámbito, o en su caso el mantenimiento de uno de los sentidos de tráfico y que incluirá:

- ✓ Recopilación y análisis de los datos de estudios anteriores:
Plan Movilidad Urbana Sostenible de Irun (PMUS).



- ✓ Ejecución de **conteos complementarios** que nos permitan estimar la redistribución del tráfico, en las diferentes alternativas que se planteen.
- ✓ **Estudio de demanda**, mediante un análisis macroscópico para cuantificar la demanda y un análisis microscópico para analizar la capacidad de las vías alternativas en cada una de las soluciones planteadas en el estudio.

(...)

El proyecto deberá ajustarse a la normativa urbanística vigente y de la cumplimentación de lo dispuesto en otras disposiciones legales que resulten de aplicación.

2ª DESARROLLO Y CONTENIDO DEL TRABAJO

REDACCIÓN DEL PROYECTO

El trabajo se desarrollará siguiendo las fases que a continuación se reseñan:

2.1) FASE 1: ESTUDIO ALTERNATIVAS

En la fase se realizará toda la toma de datos necesaria para la redacción del ANTEPROYECTO y se estudiará toda la documentación existente. Con todos los datos obtenidos, se realizará un estudio de necesidades y de alternativas con el grado de detalle suficiente para marcar las directrices concretas para el desarrollo de la solución conjunta a adoptar. Todo ello se recogerá en un documento de Estudio de Alternativas del que se entregará un ejemplar al Ayuntamiento, para poder realizar el análisis del mismo y determinar la solución elegida. Mientras dure dicho proceso de análisis, no se contabilizará el plazo de ejecución de los trabajos contratados.

A la vista de lo anterior, y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre las pretensiones del recurso.

a) Sobre la presentación de una variante prohibida

El recurrente alega que la oferta del adjudicatario debió ser excluida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LCSP, por incluir una variante prohibida por los pliegos que rigen la licitación. A juicio de este Órgano, este motivo de impugnación debe estimarse por las siguientes razones:



- 1) En lo que a la cuestión planteada en este recurso respecta, este OARC / KEAO ha señalado con anterioridad (ver, por todas, sus Resoluciones 55/2021, 142/2017 y 22/2018) que una de las características de la variante es que el mismo licitador proporcione al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo, de modo que el poder adjudicador puede elegir una de ellas descartando el resto (de hecho, la aceptación de variantes es una excepción a la prohibición general de presentación de proposiciones simultáneas, establecida en el artículo 139.3 del LCSP).
- 2) En el caso analizado, se observa que el objeto del contrato es la redacción del Proyecto para la reurbanización de la Avda. de Elizatxo, y que el PPT recoge una descripción de los trabajos que se han de efectuar (cláusula 1 del PPT), especificando las fases del desarrollo de los trabajos demandados y su contenido (cláusula 2 del PPT). Resulta relevante resaltar que (i) el PPT no especifica la solución urbanística concreta a desarrollar, sino que ésta ha de ser propuesta por los licitadores ajustado a las prescripciones de la cláusula 1 del PPT, que es la que describe los trabajos a realizar, (ii) este aspecto del contrato es objeto de propuesta y valoración para la selección de la oferta con mejor relación calidad – precio según se desprende del criterio de adjudicación secundario sujeto a juicio de valor “A.2 Propuesta de ordenación general y de conjunto: 14 puntos”, (iii) el apartado 12 del PCAP relativo a “Variantes” señala expresamente que “No se admiten” y (iv) ninguna de las bases de la licitación especifican, siquiera mínimamente, los requisitos mínimos, modalidades, y características de la presentación de variantes (artículo 142.1 de la LCSP). La conclusión que se desprende de todo ello es que el PCAP es claro y transparente al expresar que no se admitirán soluciones variantes o alternativas a la principal presentada por el licitador, lo cual no queda desvirtuado por el hecho de que no se fije una ordenación determinada, sino un ámbito de actuación, porque el PPT contiene los elementos suficientes para efectuar una propuesta de ordenación (eliminación del viaducto, construcción de una nueva pasarela ligera bajo la cual pueden



contemplarse algunos locales, reurbanización de unas zonas determinadas, etc.) y el mandato de que el proyecto se ajuste a la normativa urbanística vigente, que es lo que se valora en el criterio de adjudicación A2.

- 3) La cláusula 2.1) del PPT, alegada por el adjudicatario impugnado y el poder adjudicador, tampoco desdice la conclusión del apartado 2) anterior. Dicha cláusula describe como primera fase de ejecución del contrato la denominada “Estudio de alternativas”, que consiste en recabar todos los datos necesarios y estudiar la documentación existente en orden a realizar un estudio de necesidades y alternativas para el desarrollo de la solución. Esta genérica estipulación ha de ser completada y puesta en relación con la contenida en la cláusula 1 del PPT, donde se establece la obligación de realizar un estudio de tráfico en esta fase mediante una metodología concreta (estudio del PMUS de Irún, ejecución de conteos complementarios y estudio de demanda) que, por la relevancia que le otorga el PPT, parece ser el contenido principal del documento que se elabore en esta fase. A juicio de este OARC / KEAO, la referencia a “alternativas” no puede entenderse como una opción de modificación de la oferta del adjudicatario, lo cual sería contrario a los principios de la contratación pública y equivaldría a establecer en un procedimiento de adjudicación abierto una fase de negociación del contrato con el adjudicatario, sino a la posibilidad de desarrollar y concretar la solución ofertada tras el análisis de los datos recabados en esta fase, pero en ningún caso la habilitación para la propuesta de soluciones diferentes o alternativas a la que consta en la oferta.
- 4) En el supuesto analizado, resulta pacífico que SESTRA oferta una propuesta principal, calificada como “no viable” por el poder adjudicador y una alternativa a ésta desarrollada en el apartado 2.9 de la Memoria Técnica de su oferta (página 21) consistente en reemplazar la prolongación de la pasarela en la zona sur de las vías por unas escaleras y ascensor para salvar la diferencia de cota definida por el gálibo del tren.



A juicio de este OARC / KEAO, esta oferta debe considerarse una variante en el sentido del artículo 142 de la LCSP, por lo que se ha infringido la prohibición de la cláusula 12 del PCAP y el mandato del artículo 139.3 de la LCSP, por lo que debe ser excluida.

b) Sobre la valoración del criterio de adjudicación secundario sujeto a juicio de valor “A.2 Propuesta de ordenación general y de conjunto: 14 puntos”

Alega la recurrente que la primera propuesta de la adjudicataria es calificada por la Mesa de contratación como “no viable” y que, no obstante, obtiene en el criterio de adjudicación que valora la propuesta de ordenación general y de conjunto 7,5 puntos, cuando la valoración correcta debiera haber sido la de 0 puntos. Por el contrario, el poder adjudicador alega que, no sólo se valora la ubicación de la propuesta de pasarela, sino que también se valoran otros aspectos como el análisis de circulaciones peatonales y ciclistas, los espacios de estancia generados etc. y que, a pesar de haber presentado SESTRA una muy buena exposición, ha sido penalizada por haber presentado una ubicación de la pasarela que afectaría a edificios incluidos en el catálogo de Protección patrimonial, cuya demolición no está prevista, aunque es una alternativa.

A juicio de este OARC / KEAO este motivo de impugnación debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 157/2023), en virtud de la discrecionalidad técnica el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del



llamado “núcleo material de la decisión” (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus “aledaños”, que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

- 2) En el supuesto en concreto que nos ocupa, se pondera con 7,5 puntos sobre 14 la presentación de una oferta que contiene una propuesta que, según reconoce el propio poder adjudicador, no se ajusta a la normativa urbanística vigente, lo cual contradice la prescripción contenida en el último párrafo de la Cláusula 1 del PPT, conforme a la cual “El proyecto deberá ajustarse a la normativa urbanística vigente (...)”, lo que impide la presentación de una solución que exige modificar el planeamiento urbanístico existente.
- 3) El poder adjudicador manifiesta que la modificación de la normativa urbanística es una alternativa. Sin embargo, la previsión contenida en el



párrafo último de la cláusula 1 del PPT contradice esta afirmación. Si el poder adjudicador deseaba valorar propuestas que incluyeran la posibilidad de modificar la ordenación urbanística existente, debía haberlo manifestado así en las bases de la licitación y, en este supuesto, no sólo no lo ha hecho, sino que ha incluido una prescripción en sentido contrario, por lo que la propuesta principal de SESTRA no se ajusta a las bases de la licitación y, la propuesta alternativa vulnera el artículo 139 de la LCSP, todo lo cual conlleva la exclusión de la oferta.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe ser estimado. La consecuencia de ello es la anulación de la resolución de adjudicación, la exclusión de la oferta de SESTRA INGENIERÍA ARQUITECTURA, S.L. y la retroacción de actuaciones al objeto de proceder a adjudicar el contrato a la siguiente empresa en el orden de clasificación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ESTUDIO BELDARRAIN, S.L.P. contra la adjudicación del contrato de “Redacción del proyecto para la reurbanización de la Avenida de Elizatxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun, anulando la adjudicación del contrato, la exclusión de la oferta de SESTRA INGENIERÍA ARQUITECTURA, S.L. y la retroacción de actuaciones en los términos establecidos en el apartado c) de esta Resolución.



SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023eko urriaren 24

Vitoria-Gasteiz, 24 de octubre de 2023