



EB 2015/027

Resolución 43/2015, de 10 de abril de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TANDEM ARKITEKTURA HIRIGINTZA BULEGO, S.L.P. frente a su exclusión del contrato de “Trabajos de redacción y asesoramiento municipal para la revisión de las normas subsidiarias del planeamiento urbanístico municipal a través de la figura del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Abadiño”, tramitado por el Ayuntamiento de Abadiño.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de febrero de 2015 TANDEM ARKITEKTURA HIRIGINTZA BULEGO, S.L.P. interpuso en el registro del Departamento de Administración Pública y Justicia –Zuzenean Bilbao– un recurso especial en materia de contratación frente a su exclusión del contrato de “Trabajos de redacción y asesoramiento municipal para la revisión de las normas subsidiarias del planeamiento urbanístico municipal a través de la figura del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Abadiño”. El recurso tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el día 2 de marzo de 2015.

El mismo día de su presentación en el OARC / KEAO se trasladó el recurso al Ayuntamiento de Abadiño. El expediente de contratación y el informe al que hace referencia el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada en el registro del OARC / KEAO el día 4 de marzo de 2015.



SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido el día 16 de marzo de 2015 las de la empresa ESTUDIO DE RENOVACIÓN Y DESARROLLOS URBANOS, S.L. (en adelante, ERDU)

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Doña I. L.I. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. El contrato en cuestión pertenece a la categoría 12 (Servicios de arquitectura, etc.) del Anexo II del TRLCSP, y conforme a lo señalado en el apartado 3. del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y tiene un valor estimado de 250.000,00 euros.

TERCERO: Según el artículo 40.2 b) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso:

«b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.»

El acto recurrido es el Acuerdo de 13 de enero de la Mesa de contratación que excluye al recurrente de la licitación.

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

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



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

a) Que la Mesa de contratación en el Acuerdo de exclusión objeto de recurso considera que “Examinada la documentación aportada, no se acredita que la Directora del Equipo Redactor haya redactado por lo menos una revisión o primera formulación de un Plan General o Normas Subsidiarias aprobadas provisionalmente en un municipio de más de 5.000 habitantes en los últimos 10 años”. Reproduce el apartado 5 del Anexo I del PCAP, que establece los requisitos mínimos de solvencia, y el punto 4 del Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante, PCT) sobre composición y obligaciones relativas al equipo redactor. Añade que el Acuerdo impugnado tiene como antecedente el Requerimiento de 1 de diciembre de 2014 en el que se requería, entre otros extremos, acreditar “que el director del equipo ha realizado o participado al menos en una revisión o una primera formulación de un Plan General o Normas Subsidiarias aprobadas provisionalmente en un municipio de más de 5.000 habitantes, en los últimos 10 años”. Señala que esto es lo que se ha acreditado mediante la aportación del certificado del Secretario del Ayuntamiento de Berango de que Doña I. L.I. ha participado durante todo el proceso de revisión del PGOU de Berango aprobado definitivamente. Considera que no se pueden hacer interpretaciones al margen de la literalidad del pliego, y mucho menos con carácter restrictivo o limitador de la concurrencia. Cita en su apoyo el Acuerdo 66/2013 del Tribunal de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Resolución 183/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

b) El Acuerdo recurrido les excluye por un motivo distinto del recogido en el Requerimiento de 1 de diciembre de 2014, como es que “Examinada la documentación aportada, no se acredita que la Directora del Equipo Redactor haya redactado por lo menos una revisión o primera formulación de un Plan General o Normas Subsidiarias aprobadas provisionalmente en un municipio de más de 5.000 habitantes en los últimos 10 años”, con lo que ya no vale haber participado.



c) Recuerdan que lo que se está licitando es la revisión del PGOU de Abadiño, y que el PCT en su apartado 4. hace referencia a las condiciones de ejecución del contrato, una vez adjudicado, y a eso es a lo que se refiere el párrafo que ahora se esgrime como nuevo elemento de exclusión, a que la revisión del PGOU de Abadiño debe ser redactada por el Director del equipo, y que no puede sustituirse el Director durante la ejecución del contrato sin autorización, y que el incumplimiento puede dar lugar a resolver el contrato, cuestión que nada tiene que ver con la solvencia, en la que vale haber participado. Aluden al artículo 89.1 de la Ley 30/1992 (en adelante, LRJ-PAC) y aprecian que la actuación de la Mesa de contratación conlleva la nulidad de pleno derecho del artículo 61.1 e) de la LRJ-PAC, por prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido.

d) Reiteran que la Mesa de contratación efectúa una interpretación que no sólo es restrictiva o limitadora de la concurrencia sino que además es contraria a los propios pliegos. Vuelve a mencionar el apartado 5 del Anexo I del PCAP y el Requerimiento de 1 de diciembre de 2014 donde se les solicita acreditar que el Director del equipo ha realizado o participado al menos en una revisión, lo que consideran que han cumplimentado sobrada y justificadamente.

e) Solicitan que se declare la nulidad del acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Abadiño, y se tenga por acreditada su solvencia técnica y en concreto de la Directora de Equipo propuesta, permitiéndose continuar en el concurso para la Revisión de PGOU de Abadiño.

SÉPTIMO: El Ayuntamiento de Abadiño se opone al recurso argumentando que:

a) TANDEM ha sido excluida de la licitación por no haber acreditado que el director del equipo cumpla con los requisitos exigidos en el PCT. Reproduce su apartado 4. y deduce que el equipo redactor del Plan General de Abadiño debe reunir como mínimo: a un director de equipo, a un asesor jurídico, a un técnico superior especialista en obra civil, a un titulado superior en biología o ingeniería



agrónoma o forestal, y que todos ellos tienen que acreditar haber realizado o participado al menos en una revisión del plan general o normas en un municipio de más de 5.000 habitantes, y que para demostrar la coordinación del equipo dicha revisión ha tenido que ser redactada por el director del equipo. Cualquier otra interpretación es errónea, porque lo que está indicando el pliego respecto del director de equipo es que, además de realizar o participar, también haya redactado una revisión de planeamiento. Alude al papel coordinador del director del equipo e insiste en que el pliego exige que éste haya redactado una revisión del plan o norma.

b) Frente a la afirmación del recurrente de que el párrafo debatido se está refiriendo a las “condiciones de ejecución del contrato, una vez adjudicado, y a eso es lo que se refiere el párrafo que ahora esgrimen como nuevo elemento de adjudicación”, esgrime que la revisión que se exige ha tenido que ser ya realizada, y que en ningún supuesto se está refiriendo a las condiciones de ejecución del contrato. Reitera que para demostrar la coordinación del equipo que se presenta en la proposición, se tiene que haber redactado una revisión como la señalada en el pliego.

c) Denuncia la interpretación que hace el recurrente del vocablo “participación”, que supone la aceptación como miembro válido para el equipo redactor a toda persona que en algún momento de la elaboración y redacción de un plan general haya estado presente y tomado parte.

d) Propone como prueba la consulta de la Web del Ayuntamiento de Berango, donde está el PGOU para comprobar que la recurrente no ha formado ni siquiera parte del equipo redactor, y adjunta la composición del equipo. Considera que si su participación en el PGOU de Berango fuera cierta sería fácilmente demostrable por diversos medios.

e) Vuelve insistir en que los pliegos exigen que al menos los miembros de equipo redactor sean profesionales que hayan elaborado al menos un plan o norma en municipios de más de 5.000 habitantes, y que el director del equipo



acredite que ha redactado con anterioridad un plan o norma. Y se pregunta por qué el recurrente no aporta una certificación del equipo redactor del Plan General de Berango. Concluye diciendo que, salvo que lo acredite, la exclusión ha sido ajustada a derecho.

OCTAVO: Por su parte, en sus alegaciones ERDU:

a) Reproduce la cláusula 11. A) 4 del PCAP y el apartado 5 de su anexo I, así como el apartado 4 del anexo I del PCT. Expone los requisitos de solvencia del equipo redactor en cuanto a la composición mínima, cualificación y experiencia del equipo que se proponga. Sobre el director del equipo añade que el PCT establece una precisión, un requisito de cualificación mayor a lo requerido para el resto del equipo, demandando que haya redactado la revisión de un planeamiento, sin que sea suficiente que haya participado en la redacción de la revisión como se indica en el recurso.

b) Alude al requerimiento efectuado por el Ayuntamiento de Abadiño el 1 de diciembre de 2014 que solicitó que se subsanase la acreditación de la realización o participación del director del equipo en la revisión o primera formulación de un plan general o normas subsidiarias aprobadas provisionalmente en un municipio de más de 5.000 habitantes. Señala que el recurrente se acoge a la literalidad del texto para motivar la improcedencia del acuerdo de la Mesa de contratación que le excluye de la licitación por falta de solvencia, argumentando que el Ayuntamiento está interpretando los pliegos cuando exigen que el director haya redactado la revisión no siendo suficiente con la participación. A juicio de ERDU los pliegos establecen de forma clara y diáfana que el director debe haber redactado, es decir dirigido, la revisión, no siendo suficiente la mera participación. Considera que el requerimiento de subsanación no puede alterar o modificar las condiciones establecidas en los pliegos del concurso, pues se vulneraría el principio de igualdad que debe presidir todo proceso de contratación pública ya que las condiciones del PPT son tasadas y claras y no dan lugar a interpretación.



c) La interpretación que hace el recurrente sobre el apartado 4 de PCT es intencionada. Este apartado es una condición de solvencia para la realización del servicio que pretende garantizar la calidad y cualificación del equipo, en sintonía con lo establecido en artículos 78 y 116 del TRLCSP. Considera que cuando el pliego está diciendo que la revisión ha tenido que ser redactada por el director del equipo se está refiriendo a revisión realizada que se acredita como solvencia, y no de la revisión del Plan General de Abadiño y a la eventual sustitución del director.

NOVENO: El artículo 62.2 del TRLCSP señala que los requisitos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato.

Según el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica de los deben incluirse en los PCAP.

Además, el artículo 68.3 del propio Reglamento, sobre el contenido del pliego de prescripciones técnicas, prescribe que:

«En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deben figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.»

Desde este OARC / KEAO en diversas ocasiones se ha puesto de manifiesto la inconveniencia de que los pliegos técnicos recojan contenidos que son propios de los pliegos administrativos, como las condiciones de capacidad y solvencia de los licitadores, pues en el mejor de los casos supone repetir de manera innecesaria condiciones ya establecidas, y en el peor pueden contener contradicciones o cláusulas oscuras o confusas.



Debe examinarse, por tanto, si la redacción de requisitos de solvencia del PCAP y del PCT ha podido dar lugar a confusión en los licitadores a la hora de aportar los documentos relativos a su capacidad de obrar.

DÉCIMO: Para la resolución de la discrepancia que plantean las partes es preciso analizar el contenido del PCAP y del PCT sobre los requisitos de solvencia técnica y profesional.

Así, el apartado 5 “Requisitos mínimos del solvencia” del Anexo I del PCAP, señala que:

«En relación con los medios señalados, los requisitos mínimos de solvencia que deberán reunir las empresas para este contrato concreto serán los determinados en el punto 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas y en concreto:

a) Solvencia económico-financiera: (...).

b) Solvencia profesional:

Serán empresas profesionales solventes las que acrediten haber realizado o participado al menos en una revisión o primera formulación de un Plan General o Normas Subsidiarias, aprobadas al menos provisionalmente, en un municipio de más de 5.000 habitantes, en los últimos 10 años.»

A continuación el PCAP prescribe que dos miembros de equipo redactor, uno técnico y otro jurídico, acreditaran conocimientos urbanísticos y capacidad para expresarse en lengua vasca durante el proceso de elaboración del plan. Esta exigencia constituye una obligación esencial y su incumplimiento impedirá ser adjudicatario.

Por su parte, el apartado 4 del PCT, que lleva por título “Composición y obligaciones relativas al equipo redactor”, en sus primeros párrafos describe la composición del equipo redactor, en su párrafo 6º vuelve a reproducir el requisito de solvencia técnica-profesional del apartado 5.- b) del Anexo I de PCAP y añade que «Por tanto este requisito deberá acreditarlo todos los miembros del



equipo redactor arriba mencionados», y en su párrafo 7º continúa diciendo que «Para demostrar la coordinación del equipo, esta revisión ha tenido que ser redactada por el director del equipo, La sustitución del director del equipo sólo podrá realizarse con la autorización expresa del Órgano de Contratación. El incumplimiento de esta determinación puede dar lugar a la resolución del contrato.» Posteriormente repite lo ya dicho en el PCAP sobre los conocimientos urbanísticos y la capacidad para expresarse en lengua vasca de dos miembros del equipo redactor, y le otorga el carácter de obligación esencial. Finaliza el apartado 4 del PCT estableciendo las condiciones de la oficina del equipo redactor y las obligaciones del director del equipo.

El recurrente, el poder adjudicador y el interesado personado en el procedimiento debaten sobre el alcance de los requisitos de solvencia exigidos en los pliegos.

Según el recurrente, los requisitos de solvencia son los fijados por el PCAP en el apartado 5. de su Anexo I, mientras que el apartado 4. del PCT establece la composición y obligaciones del equipo redactor que hacen referencia a las condiciones de ejecución del contrato, y que a eso se refiere el párrafo 7º que se esgrime como nuevo elemento de exclusión; a que el PGOU de Abadiño debe ser redactado por el Director del equipo.

Por su parte, el Ayuntamiento de Abadiño y ERDU inciden en el contenido del apartado 4. del PCT donde, además de acreditar la realización o participación del licitador en una revisión o primera formulación, para demostrar la coordinación del equipo se especifica que la revisión ha tenido que ser redactada por el director del equipo.

La controversia surge porque el Ayuntamiento y el licitador interesado consideran que los pliegos no sólo exigen que el Director del equipo haya realizado o participado en una revisión o primera formulación, sino que le añaden su responsabilidad en la redacción como medio para probar la capacidad de coordinación del equipo.



En primer lugar, es cierto, como afirma el recurrente, que el apartado 5 del Anexo I del PCAP lleva por título “Requisitos mínimos de solvencia” y que el apartado 4 del PCT se titula “Composición y obligaciones del equipo redactor”.

Si se examina de manera conjunta el contenido de ambos apartados se observa que los dos contienen requisitos propios de la solvencia técnica o profesional, y además el compromiso de adscripción de medios personales a los que se atribuye la condición de obligaciones esenciales (artículo 64.2 del TRLCSP).

Tal y como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, esta técnica de incluir en el PCT cuestiones relativas a la solvencia técnica o profesional, amén de estar prohibida por el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede dar lugar a contradicciones o a que su interpretación conjunta pueda resultar confusa.

El Ayuntamiento de Abadío, en su informe al recurso, niega que haya dudas interpretativas en el contenido del párrafo debatido PCT, aunque afirma que «Si bien es cierto que gramaticalmente lo que realmente falta en ese párrafo es un punto y aparte, el texto literal se está refiriendo a “esta revisión” y por la misma no puede entenderse más que revisión ya realizada, y cuando el texto literal dice “ha tenido que ser redactada” resulta indubitado que es tiempo pasado, y en ningún supuesto se está refiriendo a las condiciones de ejecución del contrato.»

Es cierto que el apartado 5 del Anexo I del PCAP expresamente señala que «(...)», que los requisitos mínimos de solvencia que deberán reunir las empresas para este contrato serán los determinados en el punto 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (...)), pero a continuación utiliza la expresión «(...) y en concreto», y prosigue describiendo los requisitos de solvencia económico-financiera y técnica profesional; de donde el recurrente ha podido interpretar que de entre las previsiones del apartado 4 de PCT únicamente son requisitos de solvencia técnica-profesional los que “en concreto” se detallan en PCAP. La remisión al PCT y la inclusión en éste de la exigencia de que una revisión haya sido redactada por el director del equipo como medio para demostrar su capacidad



en la coordinación del equipo, ha podido introducir un elemento de confusión en la interpretación de los pliegos, de forma que no queda suficientemente claro cuáles son los requisitos de solvencia exigidos, esto es, si son únicamente los concretados en el PCAP que, recordamos, es sistemáticamente su lugar natural, o se incluye también la acreditación de redacción de la revisión por el director del equipo propuesto.

Debe concluirse señalando que los pliegos contienen cláusulas confusas que ha podido llevar al recurrente a pensar, inducido por su contenido, que bastaba con haber participado o realizado al menos una revisión o primera formulación de un Plan General o Normas Subsidiaria, como acredita mediante el certificado expedido el 16 de septiembre de 2014 por el Secretario del Ayuntamiento de Berango con el Vº.Bº. de su Alcaldesa (folio 177 del expediente), tras el requerimiento formulado por la Mesa de contratación en su reunión de 20 de noviembre de 2014. A este respecto, no puede tomarse en consideración la alegación del Ayuntamiento de Abadiño que propone como prueba la consulta de la página Web del Ayuntamiento de Berango para comprobar que la recurrente no ha formado ni siquiera parte del equipo redactor. La emisión de un certificado por quien tiene la competencia para ello implica fe pública sobre aquello que se certifica, que no puede desbaratarse por la simple alusión a un instrumento como la página Web que en este aspecto tiene principalmente carácter informativo.

El OARC / KEAO en su Resolución 39/2013 señalaba que «Dado que se trata de una dificultad interpretativa de la documentación contractual causada por el propio poder adjudicador, y que es aplicable el principio según el cual la oscuridad en el clausulado de un contrato no puede beneficiar a la parte que lo ha provocado (o lo que es lo mismo, no puede perjudicar a quien no la ha provocado), como establece el artículo 1.288 del Código Civil y ratifican la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (ver, por ejemplo, la resolución 49/2011 y la jurisprudencia que en ellas se cita), no puede admitirse que la oferta tuviera que ser rechazada.» En este mismo sentido, debe mencionarse la Resolución 33/2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, aludida por el recurrente y cuyo contenido



compartimos, en cuanto que «Es la carga de hablar claro que pesa sobre quien lleva la iniciativa contractual, que se corresponde con una autorresponsabilidad cuando no se cumple satisfactoriamente con ella.»

Lo expuesto debe relacionarse con el principio de transparencia en los procedimientos que se recoge en los artículos 1 y 139 del TRLCSP. Acerca de este principio, este Órgano Resolutorio en su Resolución 67/2014 manifestó que «(...) en virtud del principio de transparencia, una aplicación de los Pliegos que supone nada menos que la exclusión de una oferta debe estar basada en una regla clara y fácilmente entendible por todos los licitadores, lo que desde luego aquí no sucede (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C- 19/00; 24/11/2005, C-331/04; 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07).»

Los pliegos del contrato objeto de recurso conculcan el principio de transparencia al no reflejar de manera clara y nítida los requisitos de solvencia que deben cumplir los licitadores. Esta falta de claridad ha podido provocar que el recurrente incluyera como medio de solvencia la experiencia en la realización o participación de un PGOU considerando que con ello se cumple la exigencia del apartado 5. del Anexo I del PCAP. De haber sido los pliegos lo suficientemente claros en lo que se refiere a la solvencia del director del equipo, el licitador hoy recurrente podía haber acreditado su experiencia en la redacción de la revisión o nueva formulación de un PGOU o Normas Subsidiarias, como medio de probatorio de coordinación de equipos, bien mediante la concurrencia al contrato en compromiso de UTE con otra empresa que sí lo tuviera, o bien mediante la integración con medios externos que prevé el artículo 62 del TRLCSP.

Debe acogerse, por tanto, la pretensión del recurrente de que declare la nulidad de su exclusión del procedimiento de licitación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a 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, el 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 TANDEM ARKITEKTURA HIRIGINTZ BULEGO, S.L.P. frente a su exclusión del contrato de “Trabajos de redacción y asesoramiento municipal para la revisión de las normas subsidiarias del planeamiento urbanístico municipal a través de la figura del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Abadiño”, ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a su exclusión, admitiendo su propuesta.

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

TERCERO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko apirilaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de abril de 2015