



EB 2015/047

Resolución 059/2015, de 2 de junio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A. solicitando la exclusión de ciertas ofertas en relación con el contrato “Concesión urbanística para la ejecución de la Unidad de Ejecución (Actuación integrada A.i.1) del A.U. “LO.05 TXOMIN ENEA”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de abril de 2015, la empresa CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A. (en adelante, MURIAS), interpuso recurso especial en materia de contratación solicitando la exclusión de ciertas ofertas en relación con el contrato “Concesión urbanística para la ejecución de la Unidad de Ejecución (Actuación integrada A.i.1) del A.U. “LO.05 TXOMIN ENEA”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

El recurso, el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) fueron recibidos en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el 27 de abril 2015.

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados, con fecha 7 de mayo de 2015 se recibieron las de la UTE TXOMIN BERRI.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don P. B.O. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El recurrente señala que el contrato objeto de la impugnación, si bien se define como “concurso urbanístico”, es asimilable a un contrato de concesión de obra de los delimitados en el artículo 7.1 TRLCSP.

Tanto el poder adjudicador como la UTE TXOMIN BERRI solicitan la inadmisión de la impugnación por no estar su objeto comprendido en el ámbito del recurso especial. El primero alega que la concesión urbanística recogida en el artículo 174.3 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo y en el artículo 211 del Reglamento de Gestión Urbanística (en adelante, RGU) es un contrato administrativo especial, en el que el concesionario participa de la condición de concesionario de servicio público y de contratista de obras, que asume una función pública (la urbanización de un ámbito señalado); dado que la contrapartida a la ejecución de la obra no es su explotación sino la propiedad de los solares urbanizados, no cabe la calificación de concesión de obra que pretende MURIAS. La UTE TXOMIN BERRI niega también que consten las notas propias de la concesión de obra pública (realización de una obra, derecho a su explotación como contrapartida, transferencia de la responsabilidad de explotación, pago por los usuarios o por la propia Administración pero en función de la demanda de uso...) y estima también que se trata de un contrato administrativo especial.

Es doctrina reiterada –expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014– que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial, es decir, a la hora de verificar su propia competencia, no está vinculado por la denominación que le haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos; es más, ni siquiera está vinculado por la calificación otorgada al negocio jurídico en leyes especiales (ver las Resoluciones 203 y 220/2011 del Tribunal Administrativo



Central de Recursos Contractuales). Por el contrario, debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar su contenido con la legislación contractual y, especialmente, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo de contrato que el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes. Llegados a este punto, el análisis debe partir de que el objeto del contrato impugnado, según el apartado I.2 del Pliego de Cláusulas Técnicas, Económicas y Administrativas es el siguiente:

«1.2. CONCESIÓN URBANISTICA. OBJETO

La concesión urbanística comprenderá:

- La ejecución de la urbanización completa del ámbito de la Unidad de Ejecución 1 de acuerdo con el documento que ha sido Incorporado como Anexo I y conforme a lo señalado en los epígrafes 1.4 y III.3 del presente Pliego.
- La redacción del Proyecto de Construcción y la ejecución completa de las obras del “Anteproyecto de la modificación de la cota de rasante del Paseo de Aintzieta” de acuerdo con el documento que ha sido incorporado como Anexo II, con arreglo a lo señalado en el epígrafe 1.4 del presente Pliego.
- La construcción para el Ayuntamiento de San Sebastián, de los edificios de viviendas libres que está previsto destinar a realojos a desarrollar en las concretas parcelas a.300.5A y a.300. 7 de acuerdo con los Proyectos de ejecución elaborados por Arkilan que se incorporan como Anexo III, y de acuerdo con las concretas especificaciones indicadas en los epígrafes I.5.1 y III.4 de este Pliego.
- La construcción para el Ayuntamiento de San Sebastián o su Entidad Pública Empresarial de Vivienda, de acuerdo con las condiciones que se especifican en los epígrafes I.5.4. y III.4 del presente Pliego, de las viviendas de protección oficial y resto de aprovechamientos previstos desarrollar en la parcela a.300.6.
- La promoción y construcción, de acuerdo con las condiciones que se especifican en el epígrafe I.5.2 y III.4 del presente Pliego, de la edificación prevista desarrollar para vivienda tasada en la parcela a.300.5B, con la entrega, -en las condiciones señaladas en el primero de aquellos epígrafes, al Ayuntamiento o a las personas que éste designe, de los concretos inmuebles que se señalan en el mismo.
- La promoción y construcción, de acuerdo con las condiciones que se especifican en el epígrafe I.5.3 y III.4. del presente Pliego, de las edificaciones para viviendas libres y tasadas previstas desarrollar en las parcelas a.300.3, a.300.4A, a.300.4B.



El concesionario recibirá del Ayuntamiento, en las condiciones que se detallan en el epígrafe 1.3 .del presente Pliego:

- La titularidad del pleno dominio, en las condiciones establecidas en los epígrafes I.5.3 y III.2. del presente Pliego, de las parcelas a.300.3, a.300.4 y a.300.4.B para su promoción, construcción y venta.
- La titularidad del pleno dominio de la parcela a.300.5B para su promoción, construcción y venta, sujeta a las obligaciones de entrega previstas en los epígrafes I.5.2 y III.2. de este pliego.
- La titularidad del pleno dominio de determinados bienes inmuebles cuyo desarrollo está previsto sobre las parcelas a.300.7 y a.300.5A, en las condiciones que se describen en el epígrafe I.5.1 del presente Pliego.

A su vez el concesionario percibirá:

- Una contribución económica máxima por parte del Ayuntamiento de San Sebastián al conjunto de la concesión por un importe de 21.378.405 euros (IVA no incluido) o, en caso, la cantidad inferior a ésta que hubiere sido fijada por el concesionario al momento de presentar su oferta, de acuerdo con las condiciones que se señalan en los epígrafes I.4.1 y I.7 de este Pliego.

El Ayuntamiento quedará como titular del resto del suelo con sus edificabilidades urbanísticas del ámbito.

Quedarán, en concreto, de titularidad municipal:

- las parcelas residenciales:
 - a.300.1
 - a.300.2
 - a.300.5A
 - a.300.6
 - a.300.7
- las parcelas de equipamiento comunitario:
 - g.000.1
 - g.000.2
 - g.000.3
 - g.000.4
- el suelo destinado a "vías urbanas y aceras y carriles bici", "espacios libres urbanos", "espacios libres comunes", y cuantos espacios se destinen al uso público, así como todos los elementos de urbanización e infraestructuras de servicios en ellos alojados."



A la vista de todo ello, a juicio de este OARC / KEAO, puede descartarse que se trate de un contrato de concesión de obra pública, porque no consta que lo construido sea susceptible de explotación mediante el cobro de una contraprestación a los usuarios que las utilicen, ni tampoco existe una fórmula en la que dicho pago, calculado en función de la demanda, lo asuma la propia Administración.

Procede analizar también si concurren las notas propias del contrato de obras. Esta modalidad contractual se define en el artículo 6.1 TRLCSP, traslación casi mimética del artículo 1.2 b) de la Directiva 2004/18, como la que tiene por **objeto** «La realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante», añadiendo que “además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.» El artículo 6.2 TRLCSP añade que «Por “obra” se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.»

Es claro que el objeto del contrato es la realización de obras comprendidas en el Anexo I del TRLCSP (ver, por ejemplo, las clases 45.21 y 45.23 de dicho Anexo). También consta que las citadas obras responden a las necesidades especificadas por el poder adjudicador, ya que es precisamente el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián quien ha adoptado en el Pliego “las medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto” (apartado 67 de la sentencia del TJ de 25/3/2010, asunto C-451/08, “Helmut Müller”); conviene añadir que dichas medidas se adoptan en el ámbito de un contrato, y no simplemente en ejercicio de las facultades de control de la legalidad urbanística que competen al Ayuntamiento (apartado 69 de la misma sentencia). Hay que señalar que el hecho de que algunas de las obras no vayan a ingresar en el patrimonio del poder adjudicador o que una parte de la contraprestación vaya a ser abonada por terceros distintos de éste (los compradores de las viviendas libres y tasadas) es irrelevante a la hora de considerar la existencia de un contrato de obras (sentencia del TJ de



18/1/2007, asunto C-220/05, “Auroux”); asimismo, también es indiferente que una parte de la contraprestación no vaya a ser abonada en metálico sino en otros bienes económicamente evaluables, pues ello no es obstáculo para que exista la onerosidad que el artículo 2.1 TRLCSP establece como elemento constitutivo de los contratos del sector público; dicha onerosidad consiste en “que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación”, sin que ello excluya el pago en especie (apartado 48 de la sentencia de 25/3/2010, antes citada, y la Resolución 78/2014 del OARC / KEAO).

Consecuentemente, a los efectos de considerar su inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, el contrato impugnado es un contrato de obras, habida cuenta de su valor estimado, superior al umbral de armonización (artículo 14 TRLCSP). Conviene recordar que, como ya estableció este OARC / KEAO en su Resolución 2/2015, dado que el ámbito objetivo de la Directiva 89/665, que regula los recursos en el ámbito contractual y es el referente comunitario para el recurso especial del TRLCSP, es el mismo que el de la Directiva 2004/18, no cabe otra interpretación que entender que cualquier contrato que cumpla las notas que el derecho europeo considera típicas del contrato de obras debe tener acceso al recurso especial, aunque su denominación, naturaleza o regulación se reputen distintas en el TRLCSP o en el resto del derecho interno. No obstante, una vez salvada esa exigencia y la de que se incorporen los contenidos exigidos por la Directiva 2004/18, el legislador de cada Estado miembro es libre para configurar el nombre y el régimen jurídico del contrato como le parezca más oportuno. Partiendo de ese ámbito de libertad de regulación, y a la vista de los artículos 174.3 de la Ley 2/2006 y 211 del Reglamento de Gestión Urbanística, en concordancia con el artículo 19.1 b) TRLCSP, no hay inconveniente para considerar el negocio como un contrato administrativo especial.

TERCERO: Respecto a la impugnabilidad del acto recurrido, el poder adjudicador y la UTE TXOMIN BERRIA la rechazan porque entienden que no se trata ninguno de los actos recogidos en el artículo 40.2 TRLCSP, ya que, si



bien es un acto de trámite, lo cierto es que no cumple el requisito de impedir la continuidad del procedimiento para el recurrente (letra b) del artículo 40.2 TRLCSP). De hecho, esta circunstancia está reconocida expresamente en el escrito de recurso, que sin embargo aplica la denominación y la normativa del recurso especial en otras cuestiones, como por ejemplo el plazo para recurrir; sin embargo, en otro apartado, se acoge al artículo 40.3 TRLCSP (puesta de manifiesto al órgano de contratación de defectos de tramitación que no afecten a actos susceptibles de recurso especial).

El análisis de esta cuestión debe partir de que la pretensión del escrito de recurso, además de otras cuestiones no dirigidas a atacar la validez de acto alguno, es “la exclusión de aquellas ofertas que no hayan justificado su actividad de promoción inmobiliaria aportando los documentos sobre inicio o fin de tal actividad en los términos que se refieren en este escrito”. Es decir, se recurre la admisión de ciertas ofertas, lo que es un acto de trámite no sujeto a recurso especial, ya que de ningún modo impide la continuidad del procedimiento para el interesado, con independencia de que, en su caso, se pueda impugnar en su momento la adjudicación del contrato a un licitador que se considere indebidamente admitido (ver, por ejemplo, la Resolución 88/2013 del OARC / KEAO). Por ello, el recurso no puede admitirse a trámite.

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

RESUELVE

PRIMERO: No admitir a trámite el recurso especial interpuesto por CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A. solicitando la exclusión de ciertas ofertas en relación con el contrato “Concesión urbanística para la ejecución de la



Unidad de Ejecución (Actuación integrada A.i.1) del A.U. “LO.05 TXOMIN ENEA”), tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: 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 ekainaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de junio de 2015