



EB 2018/056

Resolución 085/2018, de 9 de julio de 2018, 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 la empresa BYCO, S.A. contra la adjudicación del contrato “Obras de urbanización de la Fase A de la Unidad de Ejecución 1 del Área Integrada 1 de Zorrozaurre”, tramitado por la Junta de Concertación de la Unidad de Ejecución 1 de la Actuación Integrada 1 de Zorrotzaurre.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de mayo de 2018 ha tenido entrada 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 la empresa BYCO, S.A. contra la adjudicación del contrato “Obras de urbanización de la Fase A de la Unidad de Ejecución 1 del Área Integrada 1 de Zorrozaurre”, tramitado por la Junta de Concertación de la Unidad de Ejecución 1 de la Actuación Integrada 1 de Zorrotzaurre.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación, este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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). Dicha documentación se recibió el día 23 de mayo.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 6 de junio se han recibido el día 13 de junio las alegaciones de la Unión Temporal de Empresas VIUDA DE SAINZ, S.A., LURGOIEN, S.A.U., y JAUREGUIZAR PROMOCIÓN Y GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L., adjudicataria del contrato cuya exclusión se solicita.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 23 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor” El acto impugnado se dictó con posterioridad al 9 de marzo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de D. C.G.V. para actuar en su nombre.



TERCERO: El artículo 44.1 a) de la LCSP establece que son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de obras cuyo valor estimado supere los 3.000.000 euros.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Junta de Concertación de la Unidad de Ejecución 1 de la Actuación Integrada 1 de Zorrotzaurre tiene la condición de poder adjudicador aunque no de administración pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP. Esta conclusión, que no es discutida por el poder adjudicador, se deriva de que (i) la Junta de concertación tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar (art. 163.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo), (ii) tiene naturaleza administrativa y actúa sometida a la tutela del Ayuntamiento de Bilbao (art. 2.2 de sus estatutos) con quien colabora en la ejecución del planeamiento, y quien revisa los acuerdos de los órganos de la Junta (artículo 15 de sus estatutos) y (iii) varios entes del sector público son los que los que nombran a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración; en concreto, el Consejo Rector está formado por un Presidente, que es el Director general de VISESA (perteneciente al sector público de la CAE) y de sus seis vocales, dos pertenecen al Ayuntamiento de Bilbao y otros dos a la Administración general de la CAE y la participación de las administraciones públicas o sector público asociado a ellas en la Junta de concertación asciende al 63,2699%.

QUINTO: Los argumentos que, en síntesis, alega el recurrente son los siguientes:

a) La entidad adjudicataria del contrato ha sido la unión temporal de empresas formada por VIUDA DE SAINZ, S.A, LURGOIEN, S.A.U., y JAUREGUIZAR PROMOCIÓN Y GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L. En la mercantil JAUREGUIZAR PROMOCIÓN Y GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L coincide la condición de administrador único de la entidad MARGEN DERECHA SOCIEDAD PROMOTORA INMOBILIARIA, que forma parte del Consejo Rector de la Junta de Concertación, representado por G.S.B, es decir, en la



persona de este último concurre una doble condición: vocal del Consejo Rector de la Junta de Concertación y Consejero de una de las empresas adjudicatarias del contrato. Además, M.S.B, hermano del anterior, es consejero delegado de JAUREGUIZAR y es representante de la sociedad MARGEN DERECHA SOCIEDAD PROMOTORA INMOBILIARIA.

b) Esta situación atenta contra los principios básicos de la contratación, en concreto, contra el art. 64 de la LCSP. Además, es indiferente que las citadas personas se hubieran apartado de las votaciones de la adjudicación puesto que han tenido acceso privilegiado durante todo el proceso a (i) el conocimiento previo de la licitación, (ii) conocimiento previo de los pliegos y condiciones (incluso votando o participando directamente en su preparación), (iii) composición de la mesa de contratación y (iv) posible influencia sobre los profesionales y la mesa de contratación.

c) La desigualdad se consigna en los propios pliegos al ponderar con 14 puntos el criterio de adjudicación “Memoria justificativa del estudio y análisis de las obras a ejecutar”, ya que es imposible pensar que cualquier otro licitador pudiera tener mayor conocimiento de las obras que la adjudicataria.

d) Si bien la Ley reguladora de la contratación pública no recoge entre sus prohibiciones de contratar este tipo de situaciones, sí que es posible aplicar con carácter supletorio lo dispuesto en el art. 229 de la Ley de Sociedades de Capital, que obliga al administrador de la sociedad a abstenerse de realizar transacciones con la sociedad y a aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Los criterios técnicos son básicamente formales, se adjudica a una oferta casi un millón de euros más cara que la del recurrente, lo que supone que para las administraciones públicas existe un sobrecosto directo de 700.000 €.



f) La pretensión del recurso consiste en que se anule, revoque y deje sin efecto el acuerdo de adjudicación del contrato, excluyendo la oferta que ha sido adjudicataria

SEXTO: Por su parte, la UTE adjudicataria impugnada alega, en síntesis, lo siguiente:

a) El recurso debe inadmitirse porque la reclamante ni siquiera solicita que se le adjudique el contrato, sino sólo la exclusión de la oferta de JAUREGUIZAR, empresa integrante de la UTE adjudicataria y que forma parte de la Junta de Concertación. En realidad lo que se combate no es la adjudicación sino la admisión de JAUREGUIZAR como licitador integrado en una UTE en el proceso de licitación. El acto de admisión de licitadores no se impugnó en tiempo y forma por lo que ha quedado consentido, por lo que resultaría de aplicación lo establecido en el art. 28 LJCA en relación con los artículos 44, 50.1.c) y 55 de la LCSP y artículo 20 del Pliego de Condiciones Económicas de la licitación (en adelante, PCE).

b) La normativa de procedimiento administrativo resulta de aplicación supletoria al organismo urbanístico que ha cumplido con la exigencia de abstención (artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre). A mayor abundamiento, es de destacar que el recurrente no aporta ni un solo precepto que establezca prohibición o limitación alguna y no expresa ningún dato o hecho del que pueda desprenderse la vulneración de los principios generales en materia de contratación.

c) El art. 54 del TRLCSP (aplicable al contrato) dispone que podrán contratar con el sector público las personas, naturales o jurídicas, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición para contratar y acrediten su solvencia, sin que JAUREGUIZAR esté incurso en ninguna de las prohibiciones para contratar establecidas en el art. 60 TRLCSP. El art. 56 TRLCSP posibilita que empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o documentos preparatorios puedan participar en



el procedimiento de adjudicación si dicha participación o colaboración no supone trato privilegiado o limitación a la concurrencia. Consecuentemente, BYCO debería aportar prueba o indicio sobre la existencia de actuaciones que vulneraran los principios de transparencia e igualdad de trato. Sin embargo, únicamente se limita a verter sospechas y especulaciones. A este respecto, cabe indicar que el proyecto de urbanización fue redactado por empresa ajena a los servicios técnicos de la Junta siendo el objeto del proyecto y del contrato impugnado obras carentes de singularidad o especialidad.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone al recurso con base en las alegaciones que a continuación se resumen:

a) El porcentaje de participación de las Administraciones Públicas en la Junta de Concertación en el momento de la adjudicación asciende al 63,2699 %. Además, de los 8 miembros a designar en el Consejo Rector, 6 lo son por las Administraciones Públicas. Finalmente, la Junta de Concertación admite sin ningún género de dudas que ostenta su condición de poder adjudicador.

b) En la SOCIEDAD MARGEN DERECHA, S.L., que tiene una cuota de participación en la Junta de Concertación del 11,6477 %, G.S.B. ostenta el cargo de representante y JAUREGUIZAR participa en el capital social de dicha compañía. Por su parte, en la Sociedad Cooperativa VIVEZORROZAURRE, S.COOP, que ostenta una cuota de participación en la Junta de Concertación del 8,4484 %, JAUREGUIZAR ejerce la función de gestor de la Cooperativa. La Junta de Concertación, con carácter previo a la celebración del correspondiente Consejo y posterior Asamblea y ante la posibilidad de una incompatibilidad o un conflicto de intereses, solicitó un informe al secretario sobre la validez de la oferta de la UTE en la que participa JAUREGUIZAR y en el acto de adjudicación realizado mediante acuerdo de la Asamblea de la Junta de 16 de abril de 2018, se ausentaron de participar en la misma.

c) El art. 60 TRLCSP no declara como prohibición de contratar el hecho de que una sociedad participe en una o varias sociedades que a su vez sean



miembros de un órgano de gobierno que desarrolla y tramita los trabajos que resulten necesarios para la ejecución de las previsiones urbanísticas de una Unidad de Ejecución concreta. Además, analizada una posible existencia de conflicto de intereses en los términos del art. 24 de la Directiva 2014/24/UE, dada la participación de las sociedades relacionadas con JAUREGUIZAR, se concluye que su posición no es determinante en la adjudicación ni susceptible de determinar el voto de los demás miembros de la Junta, mayoritariamente Administraciones Públicas.

d) En forma alguna el recurrente acredita la existencia de una posición de ventaja real, ni que la decisión haya sido adoptada por la influencia de los representantes de JAUREGUIZAR. En este sentido, ni aplicando la Ley de Sociedades de Capital se llega a otra conclusión que la de evitar la presencia y votación de la parte implicada.

e) En relación con la posible ventaja derivada de un mayor conocimiento de las obras, señalar que se tratan de obras de urbanización ordinaria. Las recurrentes son sociedades expertas en este tipo de obra y el ser miembro de la Asamblea General o del Consejo Rector de la Junta de Concertación no permite suponer una ventaja en el análisis del proyecto.

OCTAVO: La UTE adjudicataria impugnada en la que se integra JAUREGUIZAR plantea la extemporaneidad del recurso debido a que considera que la decisión realmente impugnada es el acuerdo de admisión de su oferta al procedimiento de adjudicación, que se efectuó el 12 de febrero de 2018, fecha en la que la Mesa de contratación en acto público acuerda admitir todas las ofertas presentadas al procedimiento licitatorio. Este OARC/KEAO considera que esta petición no ha de estimarse. El artículo 83.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), dispone que en el acto de apertura de proposiciones, el Presidente de la Mesa de contratación manifestará el resultado de la calificación de los



documentos presentados, con expresión de las proposiciones admitidas, de las rechazadas y causa o causas de inadmisión de estas últimas, tal y como lo realizó la Mesa de contratación en su sesión de fecha 12 de febrero de 2018, pero añade que notificará el resultado de la calificación. La notificación es un acto formal, que requiere el cumplimiento de unos requisitos de contenido y forma, en concreto, los previstos en el artículo 40 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En el presente procedimiento nos encontramos ante un acto expreso de admisión de ofertas de cuya notificación a los licitadores no hay constancia en el expediente. Si en los supuestos de notificaciones que contienen información procedimental errónea este OARC/KEAO ha manifestado reiteradamente que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca (ver, por ejemplo, las resoluciones 15/2016, 94/2016, 126/2016 y 27/2017, así como las sentencias del Tribunal Supremo que se resume, por ejemplo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), igual consecuencia debe derivarse de la falta de notificación pues, entre otras cuestiones, el recurrente carece de la información cierta y necesaria relativa a si el acuerdo es o no definitivo en la vía administrativa, el cauce de revisión apropiado y el lugar y plazo de presentación del recurso. Consecuentemente, el recurso ha de considerarse interpuesto en plazo.

No puede prosperar el argumento de que el recurso debe ser inadmitido por no solicitar en la pretensión la adjudicación del contrato; la consecuencia de la estimación de la pretensión de la exclusión de la oferta de la adjudicataria únicamente podría ser la de la retroacción del procedimiento para la adjudicación del contrato a la siguiente oferta mejor clasificada, que en el procedimiento que nos ocupa es la de la recurrente, por lo que consta el interés tangible que caracteriza la legitimación necesaria para interponer el recurso (ver, por todas, la Resolución 64/2014 del OARC / KEAO).



NOVENO: El núcleo del debate planteado es si concurre en la entidad JAUREGUIZAR un conflicto de intereses que impida a la unión temporal de empresas en la que se integra la obtención del contrato. A este respecto, es relevante señalar que el recurrente no observa la concurrencia de ninguna prohibición para contratar. En concreto, se denuncia que la empresa JAUREGUIZAR participa de forma indirecta en las decisiones que adopta el Consejo Rector y la Asamblea, como órganos de administración y contratación del poder adjudicador, y el argumento que aporta es el de la coincidencia de su condición de adjudicataria y de administradora única de uno de los propietarios que participan en la Junta de Concertación con representación en la Asamblea y el Consejo Rector. Además, el poder adjudicador manifiesta que es el gestor de una cooperativa de viviendas que, asimismo, participa en la Junta de Concertación como propietario.

Como se ha expuesto en el fundamento jurídico primero al contrato que nos ocupa le es de aplicación el derecho sustantivo del TRLCSP, que no contiene una definición de los conflictos de intereses. No obstante, a la fecha de la publicación del anuncio del procedimiento de adjudicación en el DOUE (23 de diciembre de 2017), la definición de “conflicto de intereses” que figura en el segundo párrafo del artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE ya gozaba de efecto directo¹; su contenido literal es el siguiente:

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

¹ 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” (página 27), elaborado por los órganos y tribunales de recursos contractuales y disponible en el siguiente enlace:

https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

Además, se debe tener en cuenta que el artículo 57.4.e) de la Directiva 2014/24/UE, que prevé la exclusión facultativa del licitador del procedimiento de adjudicación cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses, carece de efecto directo porque se trata de una norma que limita el derecho de acceso a las licitaciones y perjudica por tanto a los operadores económicos, por lo que el Estado que no ha cumplido su deber de transposición no podría alegarlas frente a los particulares. No obstante, los conflictos de intereses que surjan pueden reconducirse como infracciones de los principios generales de la contratación pública, principalmente el principio de igualdad de trato,² y aplicando el contenido de la jurisprudencia europea que la Directiva 2014/24 positiviza en buena medida. Dicha jurisprudencia se resume, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2018, asunto T-292/15 ECLI:EU:T:2018:103:

.- El riesgo de conflicto de intereses ha de ser efectivamente constatado tras una valoración de la oferta y de la situación del licitador (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, *Fabrimcom*, C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127, apartados 32 a 36; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, apartados 26 a 30, y de 18 de abril de 2007, *Deloitte Business Advisory/Comisión*, T-195/05, EU:T:2007:107, apartado 67).

.- El poder adjudicador tiene un deber de diligencia para apreciar y verificar la existencia de un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre los licitadores (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, *Fabrimcom*, C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127, apartados 33 y 35; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, apartado 30, y de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni y Conzorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, apartado 39).

² Ver el documento citado en la nota anterior, páginas 26, 27, 38 y 39.



En particular, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartados 42 y 43).

.- La obligación de diligencia implica la de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, apartado 14; de 6 de noviembre de 2008, Países Bajos/Comisión, C-405/07 P, EU:C:2008:613, apartado 56, y de 9 de septiembre de 2011, Dow AgroSciences y otros/Comisión, T-475/07, EU:T:2011:445, apartado 154).

.- Aunque el poder adjudicador no tiene una obligación absoluta de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, la exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia (véase la sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartados 116 y 117).

Consecuentemente, la mera constatación de un conflicto de intereses no obliga a excluir la oferta sino que hay que probar que ha habido una infracción de un principio de la contratación como el principio de igualdad de trato o de transparencia o probar que se ha influido en la decisión controvertida. Ello significa que la situación de conflicto ha de ser real, no hipotética, y que la medida que se adopte debe ser proporcionada (ver el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE).



En relación con los conflictos de intereses este OARC/KEAO se ha pronunciado en diversas ocasiones. Así, en la Resolución 070/2015 aprecia la concurrencia de un claro conflicto de interés entre quien por encargo del poder adjudicador ejerce de examinador objetivo e imparcial de las ofertas y además colabora en un contrato vigente con uno de los licitadores evaluados y en su Resolución 31/2017 en el funcionario del poder adjudicador que participando en diversas fases del procedimiento de adjudicación, a destacar en la elaboración del informe técnico sobre criterios valorables mediante la emisión de juicios de valor, se constata que ha facilitado información a la empresa adjudicataria. En ambos pronunciamientos en el expediente de recurso especial existe constancia de que nos hallamos ante situaciones reales de conflicto de intereses.

En el procedimiento de adjudicación que nos ocupa, los datos relevantes aportados en parte por el recurrente y sobre todo por el poder adjudicador referidos a las relaciones existentes entre JAUREGUIZAR y los propietarios participantes en la Junta de Concertación y, por consiguiente, en la Asamblea General que, conforme a sus estatutos (art. 7) es el órgano de contratación del poder adjudicador, son los siguientes:

.- SOCIEDAD MARGEN DERECHA, S.L, en cuyo capital social participa JAUREGUIZAR, ostenta una cuota de participación del 11,6477 % en la Junta de Concertación.

.- D. G.S.B.es el representante físico de SOCIEDAD MARGEN DERECHA, S.L en la Junta de Concertación y, según alega el recurrente y no se desmiente en las alegaciones de la UTE adjudicataria, es consejero de JAUREGUIZAR.

.-El poder adjudicador señala en su informe que JAUREGUIZAR ejerce la función de gestor de la Cooperativa VICEZORROZAURRE, S.COOP., que tiene una cuota de participación en la Junta de Concertación de 8,4484%.



Para que esta situación suponga un verdadero conflicto de intereses hace falta que se haya influido indebidamente en la decisión de adjudicación del contrato o bien se haya conculcado el principio de igualdad de trato entre los licitadores, siendo para ello procedente resaltar los siguientes extremos que figuran en el expediente de contratación remitido:

.- En sesión de fecha 25 de enero de 2017 se reúne la Asamblea General de la Junta de Concertación, en la que participan D.G.S.B y D. M.S.B., en la que, entre otros acuerdos, adoptan el de (...) iniciar la licitación de las obras de urbanización de la Fase A de la Unidad de Ejecución 1, así como el de Facultar al Presidente y/o gerente para la formalización de los documentos necesarios para llevar a cabo el acuerdo.

.- El anuncio de procedimiento de adjudicación se publica en el DOUE de fecha 23 de diciembre de 2017.

.- Conforme al art. 6 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) la Mesa de contratación está constituida por el Gerente de la JUNTA (que actuará como presidente), el arquitecto de la Comisión Gestora de Zorrotzaurre (que actuará como vocal) y el Secretario de la Junta (que actuará como Secretario de la Mesa).

.- El 20 de marzo de 2018 el Secretario de la Junta emite Informe sobre la validez de la oferta de JAUREGUIZAR promoción y gestión inmobiliaria, S.L. en unión con VIUDA DE SAIZ, S.A. y LURGOIEN, S.A.U. en el concurso para la ejecución de las obras de la FASE A de la unidad de ejecución 1 del Área integrada 1 de Zorrotzaurre.

.- El informe de valoración de las diversas ofertas contractuales, suscrito por el arquitecto de la Comisión Gestora, es emitido con fecha 23 de marzo de 2018.

.- Con fecha 16 de abril de 2018 se reúne el Consejo Rector, al que asisten D. M.S.B. y D. G.S.B., que se ausentan en el momento del debate y aprobación de la propuesta de adjudicación del contrato.



.- Con fecha 16 de abril de 2018 se reúne la Asamblea General de la Junta de Concertación, al que asisten D. M.S.B. y D. G.S.B., que se ausentan en el momento del debate y aprobación de la adjudicación del contrato

Del examen del recurso, del expediente de contratación remitido y de la oferta de la UTE adjudicataria bajo el prisma de la doctrina sobre conflicto de intereses anteriormente expuesta este OARC/KEAO considera que el recurso ha de ser desestimado por las siguientes razones:

.- La denuncia del recurrente únicamente se basa en la circunstancia de que la misma persona física participa en los órganos de administración y decisión de la Junta de Concertación y en el órgano de administración de una de las sociedades de capital adjudicatarias del contrato, además de que esta última mercantil tiene intereses económicos en la Junta de concertación por participar en el capital social de uno de los propietarios y ser el gestor de una cooperativa que también es propietaria. Sin embargo, en el recurso no se aporta indicio o prueba alguna de que esta situación, que implica únicamente la posibilidad de que exista un riesgo de conflicto de intereses, haya supuesto una infracción real del principio de transparencia o del de igualdad de trato o se haya falseado la competencia, lo que convierte en especialmente desproporcionada la pretensión de excluir al adjudicatario.

.- En particular, el recurrente, que critica ahora el formalismo de los criterios de adjudicación pero que en su momento no recurrió las bases de la licitación, tampoco aporta en su recurso argumento alguno tendente a concluir que el establecimiento de alguna concreta prescripción técnica o de unos concretos criterios de selección cualitativa haya resultado especialmente beneficioso para la adjudicataria. Por el contrario, se observa por parte de este OARC/KEAO que los requisitos de solvencia económica y financiera y técnica solicitados consisten en la presentación de una determinada clasificación de contratista, obligatoria para esta clase de obras y cuya fijación se regula reglamentariamente.



.- En lo concerniente a los criterios de adjudicación, el recurso plantea que la ventaja competitiva asignada por los pliegos al recurrente se halla en el criterio de adjudicación “Memoria justificativa del estudio y análisis de las obras a ejecutar” ya que considera que es imposible que cualquier otra empresa tenga un conocimiento más profundo del objeto del contrato que aquella que participa en el Consejo Rector y en la Asamblea. No obstante, analizado el informe de valoración, se observa que en este criterio secundario a la oferta de la UTE adjudicataria se le otorgan 13 puntos de un total de 14 y a la recurrente 11 puntos (es decir, 2 puntos menos), existiendo dos ofertas más que obtienen 12,5 puntos (UTE VICONSA/ CYCASA y UTE BYCAN/ALTUNA Y URÍA) y otra más que obtiene 12 puntos (UTE SACYR/ GAIMAZ/INTXAUSTI), de lo que se concluye que dicho criterio no ha servido para destacar o beneficiar de forma significativa la oferta de la adjudicataria, habida cuenta además de que la ventaja global de esta última sobre la de la recurrente es de 3,2 puntos.

.- El que la oferta de la UTE adjudicataria sea casi 1.000.000 más cara que la de la recurrente es una consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, en especial del correspondiente a la fórmula del precio, y a su ponderación, fijados en los pliegos y que, como ya se ha dicho, no fueron impugnados en su momento (ni en el recurso); además, no es un resultado anómalo, sino uno de los posibles cuando se utilizan varios criterios de adjudicación junto con el precio más bajo.

.- En el recurso no se alega, más allá de una mención genérica a un posible conocimiento de los pliegos y de la composición de la mesa de contratación y de la posible influencia sobre los profesionales que participan en el procedimiento de adjudicación, ninguna actuación concreta que haya infringido el principio de transparencia o el de igualdad de los licitadores. En particular, en el expediente remitido no consta que los órganos de gobierno aprobaran los pliegos por lo que no pudieron tener conocimiento previo de los mismos. Por otra parte, la recurrente tampoco apreció en su día que no dispusiera del plazo



suficiente para la redacción de la correspondiente oferta y según señala el poder adjudicador nos hallamos ante una obra ordinaria de urbanización que no goza de singularidad alguna respecto de otros proyectos similares.

.- La adopción de las decisiones relevantes en el contrato las realiza bien el Consejo Rector, bien la Asamblea, y en ninguno de dichos órganos las empresas que puedan tener interés en la oferta de la empresa JAUREGUIZAR ostentan una posición determinante para influir en la decisión final. En concreto, en el Consejo Rector, el presidente y cuatro de sus seis vocales son nombrados por administraciones públicas o sector público asociado a las mismas, y en la Asamblea General el 63,2699 por ciento de las participaciones pertenecen a administraciones públicas o sector público asociado a las mismas. Tampoco se acredita que las citadas empresas hayan tenido una influencia determinante en dichas decisiones mediante otro cauce distinto que su peso relativo en los órganos del poder adjudicador.

.- No resulta una conducta leal con el poder adjudicador la del propietario que teniendo intereses en una empresa que va a participar en el procedimiento de adjudicación no se lo comunica a la entidad antes de presentarla. Sin embargo, se observa que el poder adjudicador adopta una conducta activa, elabora un informe para determinar si hay o no un riesgo real para la igualdad de trato y la libre competencia y propone medidas activas para evitarlo, en concreto, la abstención en el acuerdo de adjudicación de las personas implicadas. Teniendo en cuenta esta actitud de la Junta, así como la ya mencionada ausencia de indicios probatorios de la influencia efectiva de la empresa en la adjudicación, sería desproporcionado acceder a la pretensión del recurrente.

DÉCIMO: La Ley de Sociedades de Capital, que es de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, no resulta de aplicación a la Junta de concertación, pues se trata de una entidad que goza de naturaleza administrativa (art. 163.1 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo).



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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BYCO, S.A. contra la adjudicación del contrato “Obras de urbanización de la Fase A de la Unidad de Ejecución 1 del Área Integrada 1 de Zorrozaurre”, tramitado por la Junta de Concertación de la Unidad de Ejecución 1 de la Actuación Integrada 1 de Zorrotzaurre.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: No se aprecia la concurrencia a temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko uztailaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de julio de 2018