



Recurso nº 1106/2015, C.A. Illes Balears 77/2015

Resolución nº 1090/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 27 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso presentado por D. P.S.M., en nombre de la entidad UAP 2100, SL, y D. José María Mayol Comas y D. Antonio Ramis Ramos, en representación de la entidad ESTUDIO LEGAL Y TÉCNICO DE ARQUITECTURA Y URBANISMO, SL., representantes de la UTE UAP 2100, SL – ELT ARQUITECTURA Y URBANISMO, SL, contra la resolución de exclusión, adoptado por el titular del órgano de contratación el día 2 de octubre de 2015 y notificado el día 9 de octubre de 2015, acordada en el procedimiento para la contratación de un servicio para la redacción del plan de intervención en ámbitos rústicos de la Isla de Mallorca y el asesoramiento en su tramitación, expediente 79/2015 el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Diario Oficial de la Unión Europea publicó, el 20 de mayo de 2015, el anuncio de licitación del procedimiento abierto para la contratación de los servicios para la redacción del plan de intervención en ámbitos turísticos de la Isla de Mallorca y el asesoramiento en su tramitación. Con fecha 21 de mayo de 2015 este anuncio fue publicado en el Boletín Oficial de las Islas Baleares y en la Plataforma de Contratación del Gobierno de las Islas Baleares.

Segundo. El procedimiento para la celebración del contrato de servicios objeto de este recurso se ajusta al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo,

por el que se desarrolla la Ley 30/2007 de 30 de octubre y las demás normas de derecho administrativo y supletoriamente las normas de derecho común.

Tercero. La mesa de contratación celebrada el día 14 de septiembre de 2015 acordó requerir de subsanación a la UTE UAP 2100, SL – ELT ARQUITECTURA Y URBANISMO, SL. Particularmente, el acuerdo de la mesa requería que cada uno de los miembros del equipo deberá presentar aceptación del régimen de compatibilidad para los trabajadores al servicio de la administración y concretamente el Sr. Ramis, que figura como funcionario municipal responsable del área de urbanismo y obras, de aportar certificado actualizado que acredite no incurrir en incompatibilidad dado que el objeto de los trabajos es un instrumento de planeamiento sectorial vinculante para el planeamiento urbanístico municipal. Por lo tanto, aquella documentación se ha de aportar a los efectos de lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, del reconocimiento de compatibilidad en el ámbito del artículo 12 del mismo cuerpo legal. Ambos documentos deberán ser anteriores al plazo de finalización de presentación de proposiciones.

La mesa de contratación del día 25 de septiembre de 2015 tras el análisis de la documentación aportada por la UTE recurrente acuerda formular una consulta a la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Baleares.

Con fecha 1 de octubre de 2015, se reúne nuevamente la mesa de contratación, para proceder a la apertura de los sobres evaluables mediante fórmula, acordando además excluir a la UTE UAP 2100, SL – ELT ARQUITECTURA Y URBANISMO, S.L por falta de presentación de la documentación requerida, toda vez que no ha presentado la compatibilidad específica solicitada, por lo cual existe una falta de capacidad de obrar.

A la vista de la propuesta de exclusión de la mesa de contratación, el día 2 de octubre de 2015 el titular del órgano de contratación acuerda la exclusión de la UTE recurrente. Esta resolución fue notificada el día 14 de octubre de 2015.

Cuarto. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, el día 12 de noviembre de 2015 resolvió conceder la medida provisional solicitada consistente en la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46

del TRLCSP, de forma que según lo dispuesto en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será en la resolución del recurso donde se decida levantar la medida adoptada.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, con fecha 5 de noviembre de 2015, dio traslado a los interesados para que pudieran realizar las alegaciones que tuvieran por conveniente al recurso, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

Sexto. De conformidad con el artículo 46.2 del TRLCSP el órgano de contratación ha remitido el expediente acompañado del correspondiente informe, en el que mantiene la conformidad a derecho de la resolución de exclusión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con los artículos 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP, toda vez que se trata de un acuerdo de exclusión de un contrato de servicios. Asimismo debe advertirse que la Agencia de Turismo de las Islas Baleares, a pesar de tener la condición de entidad pública empresarial se define como poder adjudicador de acuerdo con el artículo 3.3 del TRLCSP. La competencia se asume por el Tribunal de acuerdo con el Convenio de colaboración suscrito el 22 de marzo de 2013 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sobre atribución de competencia de recursos contractuales (BOE nº 304, de 19 de diciembre de 2013).

Segundo. El artículo 42 del TRLCSP al regular la legitimación para reclamar establece que: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Toda vez que el acuerdo recurrido determina la exclusión de la recurrente del procedimiento de contratación no cabe duda que incide en los derechos de la misma y consecuentemente debe reconocérsele legitimación para reaccionar contra él mediante el recurso administrativo especial.

Tercero. El recurso fue interpuesto ante el órgano de contratación el día 27 de octubre de 2015. La notificación del acuerdo de exclusión, vía correo ordinario, se produjo el día 14 de octubre de 2015. Por lo que ha de concluirse que la recurrente respetó el plazo para la presentación del recurso en los términos del artículo 44.2 del TRLCSP.

Entre la documentación adjunta al recurso resulta un documento fechado el día 16 de octubre de 2015, que pretende servir de anuncio previo al órgano de contratación, aunque no consta sello alguno de presentación ante éste. No obstante, de acuerdo con la doctrina que viene sosteniendo el Tribunal, esta falta no determina la inadmisión del recurso.

Cuarto. El recurso se fundamenta en la obligación que aprecia el órgano de contratación de acreditar la compatibilidad específica del Sr. Antonio Ramis Ramos a la que se refiere el artículo 12 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril. El Sr. Antonio Ramis Ramos es propuesto como abogado en el equipo de trabajo de la UTE recurrente y además resulta ser funcionario del Ayuntamiento de Alcudia.

La resolución de exclusión motiva ésta en la falta de presentación de la documentación administrativa requerida, toda vez que la UTE recurrente no ha acreditado la posesión de la compatibilidad específica del Sr. Ramis solicitada en el requerimiento de subsanación, concluyendo así que la licitadora carece de capacidad de obrar.

La compatibilidad específica reclamada por la mesa de contratación y que determinaría la falta de capacidad de obrar, es la prevista en el artículo 12 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, conforme al cual: *“El reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio con carácter general de actividades privadas de índole profesional correspondientes a Arquitectos, Ingenieros u otros titulados, deberá completarse con otro específico para cada proyecto o trabajo técnico que requiera licencia o resolución administrativa o visado colegial. En este último caso la resolución deberá dictarse en el plazo de un mes, sin que sea necesaria propuesta por parte del Departamento afectado.”*

En el informe del órgano de contratación se alude al artículo 61.1 letra f del TRLCSP, no obstante parece que se refiere a la causa contemplada en el artículo 60.1, letra f) del TRLCSP, toda vez que no existe la letra f en el párrafo primero del artículo 61 del

TRLCSP. Asimismo se advierte que la prohibición de contratar referida a la normativa de incompatibilidad de las personas físicas y administradores de personas jurídicas tras la reforma del TRLCSP operada en este punto por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, se encuentra en el artículo 60.1, letra g) del TRLCSP, no obstante en consideración a la fecha de inicio del procedimiento, habrá de regirse la causa de prohibición, referida a la incompatibilidad del licitador, por el artículo 60.1.f) del TRLCSP vigente antes de la reforma de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Así el citado artículo prevé que:

“1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...)

f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.”

Quinto. El alcance de la prohibición de contratar contemplada en el antiguo artículo 60.1, letra f) del TRLCSP (actualmente artículo 60.1, letra g) del TRLCSP) debe referirse al supuesto de incompatibilidad de las personas previstas en la ley 53/1984, de 26 de diciembre, respecto de la Administración que celebra el contrato, sin que sea exigible el control de la incompatibilidad respecto de cualquiera de las Administraciones de las que resulte aplicable esta ley. Esto es así, toda vez que la finalidad de la prohibición de

contratar no se extiende sino a velar por la efectiva aplicación de la normativa de incompatibilidades. El artículo 60 del TRLCSP no tiene por objeto asegurar la eficacia de este régimen de incompatibilidades sino garantizar la imparcialidad de los procedimientos de contratación, de manera que la prohibición sirva como un instrumento más para la efectividad de los principios de objetividad, igualdad de trato y transparencia contemplados en el artículo 1 del TRLCSP. Asimismo, siendo una norma limitativa de derecho, su interpretación no puede extenderse sino al cumplimiento del fin que la justifica. En este sentido, el incumplimiento de la normativa de incompatibilidades deberá ser sancionado por la Administración en la que el empleado público presta sus servicios, pero en ningún caso es la prohibición de contratar el instrumento para hacer efectiva la normativa de incompatibilidades, sino para la defensa de los principios de contratación pública. Sin perjuicio de que nada impediría que los principios de cooperación y colaboración entre administraciones públicas permitan la comunicación a la Administración en la que el empleado público preste sus servicios de los hechos que pudieran constituir una infracción disciplinaria relativa al régimen de incompatibilidades cuando el órgano de contratación así lo aprecie.

En el caso objeto de este recurso la entidad contratante es la Agencia de Turismo de las Islas Baleares definida como una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 2.1.b) de la Ley 7/2010, de 21 de julio del Sector Público Autonómico. La Agencia de Turismo de las Islas Baleares se adscribe a la consejería competente en materia de turismo, -Ley 10/1987 de Presupuestos Generales para 1988, y la letra a de la disposición adicional quinta de la Ley 3/1989-, como empresa pública de las definidas en el artículo 1.b).1 de la Ley 3/1989, con el carácter de entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, cuya actividad se tiene que someter al ordenamiento jurídico privado y a lo establecido en la Ley 7/2010, de 21 de julio. Asimismo el Decreto 26/2012 de 30 de marzo, reorganiza, reestructura y regula la Agencia de Turismo de las Islas Baleares.

De acuerdo con los hechos que resultan del expediente la el Sr. Ramis es funcionario del Ayuntamiento de Alcudia, administración que no pretende celebrar el contrato, por lo que no resulta aplicable la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1.f) del TRLCSP.

Sexto. Aclarado el ámbito de aplicación del artículo 60.1.f) del TRLCSP, interesa ahora apreciar la posibilidad de que por vía de requisitos específicos el órgano de contratación hubiera exigido como condición de los licitadores que sus trabajadores o los administradores de las empresas licitadoras no presten servicios relacionados con los que son objeto de contrato, en los municipios incluidos en el ámbito del plan de instrumentación en ámbitos turísticos de la isla de Mallorca, requisito que debería exigirse en el pliego de condiciones administrativas particulares, de acuerdo con el artículo 115 del TRLCSP.

En la cláusula B.10 del pliego de condiciones administrativas se establecen las condiciones de solvencia. En el punto B.10.5 del pliego se prevé que: *“En la oferta se deberá especificar la composición del equipo de trabajo principal y, en su caso los colaboradores indicando nombre, apellidos, curriculum vitae y función dentro del equipo-redactor, acreditando las correspondientes titulaciones mediante documentación original o copia debidamente compulsada; igualmente se incluirá en la oferta el compromiso de tiempo de dedicación a la realización de los trabajos programados objeto del contrato y la aceptación del régimen de incompatibilidades establecido en las disposiciones vigentes, suscrito por todos los miembros del equipo técnico multidisciplinar.”*

La redacción utilizada por el órgano de contratación en el pliego de condiciones administrativas no permite conocer la exigencia requerida al contratista en relación con el régimen de incompatibilidades. Mediante una interpretación literal de la expresión *“la aceptación del régimen de incompatibilidades establecido en las disposiciones vigentes”* no determina ninguna condición exigible al contratista, más que una mera declaración aceptando el régimen de incompatibilidades. La expresión *“aceptar el régimen de incompatibilidades”* no puede resultar equivalente a exigir el cumplimiento del régimen de incompatibilidades que sea aplicable al funcionario o empleado público al servicio de una administración. De esta forma es posible concluir que si el órgano de contratación quería que ninguno de los miembros del equipo de trabajo propuesto por los licitadores se encuentre en una situación de incompatibilidad en relación con una Administración pública, diferente a la propia Agencia, debería haberlo indicado de esta forma de manera expresa y clara. No es posible concluir que se establece la obligación pretendida por el órgano de contratación mediante la cláusula B.10.5 del pliego, toda vez supone una

interpretación extensiva de su contenido que generaría obligaciones a los licitadores, resultando inadmisibile si consideramos que la interpretación de las cláusulas oscuras no pueden favorecer a la parte que ha introducido esta oscuridad –artículo 1288 del Código civil-.

Por lo expuesto no se estima motivada la resolución de exclusión de la UTE UAP 2100, SL – ELT ARQUITECTURA Y URBANISMO, SL, toda vez que la causa alegada por el órgano de contratación en cuanto al cumplimiento de las condiciones de compatibilidad general o específica resultantes de la normativa de incompatibilidades no se exige en el pliego de condiciones administrativas.

Consecuentemente procede retrotraer el procedimiento al momento en el que se excluyó al licitador recurrente para continuar el procedimiento valorando la propuesta de la UTE UAP 2100, SL – ELT ARQUITECTURA Y URBANISMO, SL.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. P.S.M., en nombre de la entidad UAP 2100, SL, y D. José María Mayol Comas y D. Antonio Ramis Ramos, en representación de la entidad ESTUDIO LEGAL Y TÉCNICO DE ARQUITECTURA Y URBANISMO SL., representantes de la UTE UAP 2100, SL – ELT ARQUITECTURA Y URBANISMO, SL, contra la resolución de exclusión, adoptado por el titular del órgano de contratación el día 2 de octubre de 2015, toda vez que se funda en el incumplimiento de un requisito no establecido en el pliego de condiciones administrativas, procediendo retrotraer el procedimiento al momento en el que se excluyó al recurrente.

Segundo. De acuerdo con el artículo 47.4 del TRLCSP procede alzar la suspensión y continuar la tramitación del procedimiento.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.