



Roj: **STSJ CLM 30/2004 - ECLI: ES:TSJCLM:2004:30**

Id Cendoj: **02003330022004100005**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **07/01/2004**

Nº de Recurso: **132/2000**

Nº de Resolución: **5/2004**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOAQUIN IÑIGUEZ MOLINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

**SENTENCIA: 00005/2004**

Recurso Número 132 de 2.000

CIUDAD REAL

S E **NN** T E **NN** C I A Nº. 5

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Il'tmos. Sres.:

Presidente:

D. Vicente Rouco Rodríguez

Magistrados:

Dª. Raquel Iranzo Prades

D. Joaquín Iñiguez Molina

En Albacete a siete de Enero de dos mil cuatro.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos nº. 132 de 2.000 del recurso contencioso administrativo seguido a instancia de ASOCIACION PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCION Y SIMILARES DE CIUDAD REAL , representada por el Procurador Don Manuel Cuartero Peinado y defendida por el Letrado D. José Antonio Morales Bonilla. Contra el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Ciudad Real, el que ha estado representado por el Procurador don Francisco Ponce Riaza y defendido por la Abogada Dª. María Dolores Ponce Candela. Sobre adjudicación de contrato de obras; siendo Ponente el Il'tmo. Señor D. Joaquín Iñiguez Molina; y

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero. Por la parte actora se interpuso en 7 de Febrero de 2.000 recurso contencioso administrativo frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ciudad Real de fecha 24 de Noviembre de 1.999, en virtud del cual se desestimó el Recurso Ordinario interpuesto contra el Pliego de Condiciones Económico administrativas para la licitación mediante concurso- procedimiento abierto de las obras del Proyecto de Urbanización del Sector S-MADR-1, PARQUE INDUSTRIAL AVANZADO; admitido a trámite el recurso, se le entregó expediente administrativo recibido para que formalizara la demanda, lo que hizo en su momento por medio de escrito en



el que, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó con la suplica de sentencia por la que, con estimación del recurso, se proceda a la anulación del Pliego de Condiciones impugnado, dejando sin efecto los actos y resoluciones del Ayuntamiento de Ciudad Real que hayan tenido su fundamento en el Pliego recurrido.

Segundo. De la demanda se dio traslado a la representación procesal de la Administración demandada para que la contestase, lo que hizo por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, alegó la excepción procesal de falta de personalidad en el Procurador del actor, se opuso al recurso solicitando sentencia por la que se acuerde la estimación de la excepción planteada y subsidiariamente la desestimación del recurso.

Tercero. Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicadas las declaradas pertinentes, con el resultado que consta en autos, se reafirmaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, y se señaló día y hora para la votación y fallo, el catorce de Octubre de dos mil tres, en cuyo momento tuvo lugar dicho acto.

Cuarto. En la tramitación de este recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se pretende por el presente recurso se proceda a anulación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ciudad Real que resolvió, denegándolo, el recurso interpuesto por la actora contra el Pliego de Condiciones, anulando el citado Pliego de Condiciones impugnado, dejando sin efecto cualesquiera actos administrativos o resoluciones del Ayuntamiento de Ciudad Real que hayan tenido su fundamento en el Pliego recurrido.

En su escrito de demanda la actora expone, en justificación de su pretensión de anulación del Pliego de Condiciones Económico-administrativas, que bajo la modalidad de Concurso Procedimiento abierto iba a regular las obras del Proyecto de Urbanización del Sector S-Madr-1 Parque Industrial Avanzado, las siguientes alegaciones o motivos: 1º.- La infracción de lo establecido en los artículos 13 y 14 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de Febrero de 1.968, en cuanto establecía en la Cláusula Novena, Clasificación de los Contratistas, la obligación de estar clasificados en siete Subgrupos o Categorías distintos; y 2º.- Denuncia el requisito de experiencia en obras similares exigido en la condición Décimo Sexta. 3 del Pliego primándolas con dos puntos, cuando ni la naturaleza de la propia obra, ni la especial dificultad de la misma, pueden justificar esa puntuación discriminatoria para otras empresas que, con su sola clasificación, deben merecer un trato de igualdad en la contratación pública.

SEGUNDO.- La primera cuestión a resolver es la referente a si existe o no vulneración de lo establecido en los artículos 13 y 14 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de Febrero de 1.968, al exigir en la Cláusula Novena: "Clasificación del Contratista" la obligación para los licitadores de estar clasificados en siete categorías o subgrupos distintos. Mientras la Asociación recurrente estima se han infringido dichas normas, al no haberse atendido a lo preceptuado en las mismas, ya que no se dan los supuestos de excepción, y en el caso de que se estimare la aplicación de la misma, no se ha fundamentado oportunamente en el expediente, por el contrario la representación del Ayuntamiento de Ciudad Real argumenta que concurren las circunstancias previstas para justificar la excepción, y que se han justificado debidamente en el expediente.

La simple lectura de los artículos de referencia pone de manifiesto que en el caso de obras generales que no presenten singularidades diferentes a las normales basta la clasificación en un subgrupo genérico correspondiente al tipo de obra de que se trate (artículo 13); por excepción si se dan singularidades en la obra que la hacen asimilable a tipos de obra correspondientes a subgrupos diferentes puede exigirse la clasificación correspondiente a esos subgrupos, pero entonces, salvo casos excepcionales, el número de subgrupos que se exijan no puede ser superior a cuatro y el importe de las obras que, por su singularidad, de lugar a la exigencia de clasificación en esos subgrupos debe ser superior al veinte por ciento del precio total del contrato (artículo 14). La finalidad de la norma es evitar que el requisito de la clasificación se convierta en un medio para evitar injustificadamente la concurrencia, limitándola de manera abusiva por mor de una exigencia de especialización en la ejecución del tipo de obras desproporcionada en relación con la función que está llamada a cumplir dicha clasificación; en este sentido el artículo 293 d) del Reglamento General de Contratación establece que, con el fin de no limitar inútilmente la concurrencia, se procurará el no exigir la clasificación en grupos cuando la naturaleza de la obra permita como suficiente la clasificación en uno o varios subgrupos.

Por parte del Ayuntamiento se aduce que las obras a concursar reúnen condiciones suficientes para dar lugar a que entre en juego esa excepcionalidad, tales como su financiación por la Comunidad Europea, con fondos FEDER, lo que conlleva, junto al cumplimiento riguroso de un calendario de obras y de financiación, una exigencia de calidad en todas sus partes diferenciadas, con una mayor especialización, al tratarse de



obras con destino al Parque Industrial Avanzado, en el que se ofertará suelo a Empresas de tecnología avanzada no contaminantes, para preservar el medio ambiente y mejora de la calidad del medio urbano. Esta excepcionalidad, manifiesta, fue considerada por los técnicos redactores del Proyecto, y se justificó en el expediente administrativo (folios 3.826 y siguientes).

En el presente caso, es claro que no concurren circunstancias excepcionales, ya que, de una parte el carácter excepcional de la obra viene marcado exclusivamente por la obra en sí, y no por otras circunstancias colaterales como la financiación o las posibles consecuencias del incumplimiento de los plazos; y que ninguna de las obras a ejecutar se pueden considerar como de especial complejidad, al no prever la realización de estructuras o instalaciones complejas, por lo que, aunque la cuantía de la obra a ejecutar era importante, la obra licitada no dejaba de ser una simple obra de explanación de los terrenos, asfaltado de viales, ejecución de aceras, instalación de la red eléctrica y de saneamiento y jardinería. Se trata de una obra generalista y que ningún técnico puede calificar de excepcional ni total ni parcialmente, y el hecho de que el suelo urbanizado se pudiera ofrecer a empresas cualificadas tecnológicamente o no contaminantes en nada influye en la calidad de la obra o en su ejecución. De otra parte, en el expediente administrativo no se ha pretendido justificar la existencia de las circunstancias o peculiaridades de la obra que puedan autorizar la obligatoriedad de los siete subgrupos exigidos; ya que, como establece la Sentencia de esta Sala de 12 de Enero de 2.000, invocada y citada por las partes, "la concurrencia de circunstancias excepcionales no cabe hacerlas ex post, cuando se denuncia el vicio o irregularidad, sino que deben constar en el expediente y con anterioridad a la elaboración del pliego, y además la justificación de la concurrencia de estas circunstancias debe ser cumplida, bastante y hacer referencia a razones de suficiente excepción", así se desprende de lo establecido en el artículo 3 de la Orden de 16 de Noviembre de 1.972, al establecer que "cuando los expresados órganos hagan uso de la excepción prevista en los apartados a) y b) de la norma 14 de la Orden mencionada, deberán justificarlo en el expediente, previo informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos", y lo confirma el artículo 293 f) del Reglamento de Contratación. En el presente caso, los informes técnicos a que se hace referencia en el expediente para justificar la excepción son, en todo caso, posteriores a la reclamación de la Asociación recurrente y manifiestamente insuficientes para probar la concurrencia de razones excepcionales, en el grado que la norma reclama, por lo que cabe entender que la exigencia resulta contraria a derecho y limita injustificadamente la concurrencia, procediendo por ello la estimación del recurso.

TERCERO.- Se impugna, igualmente, por parte de la Asociación actora la condición DECIMO SEXTA. 3 del Pliego, en cuanto a la exigencia de "experiencia idéntica o similar en obras parecidas", valorándose o primándose con dos puntos, cuando ni la naturaleza de la propia obra ni la especial dificultad de la misma, pueden justificar esa puntuación discriminatoria para otras Empresas que, con su sola clasificación, deben merecer un trato de igualdad en la contratación pública; entendiéndose la recurrente que ello supone la vulneración de lo establecido en las Directivas Europeas 92/50 CEE y 93/37 CEE y reiterada Jurisprudencia.

En efecto, las citadas Directivas, que resultan de obligada observancia para los Estados destinatarios de las mismas ( artículo 189 del Tratado Constitutivo), distinguen entre los "Criterios de selección cualitativa" (Capítulo 2º del Título VI, de la Directiva 92/50) y los "Criterios de adjudicación del contrato" (Capítulo 3º), estableciendo el artículo 23 que "los contratos se adjudicarán con arreglo a los criterios establecidos en el el Capítulo 3º, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 24 y después de que las entidades adjudicatarias comprueben con arreglo a los criterios descritos en los artículos 31 y 32, la aptitud de los prestadores de servicios que no hayan sido excluidos en virtud del artículo 29"; es decir que se consideran fases distintas y se establecen requisitos distintos para la selección de contratistas y para la adjudicación del contrato, mencionando para la primera fase, entre otros, el requisito de la experiencia o relación de las principales obras realizadas en los últimos años, y para la segunda fase, una serie de criterios objetivos que nada tienen que ver con la experiencia, precisamente por venir incorporado dicho requisito a la primera fase de selección de contratistas. Así el artículo 32 de la Directiva 92/50, (incluido dentro del Capítulo 2º) establece que "la capacidad de los prestadores de servicios para prestar los servicios podrá evaluarse teniendo en cuenta, especialmente, su capacidad técnica, eficacia, experiencia y fiabilidad", estableciendo el apartado 2. b) que la capacidad técnica de los prestadores de servicios podrá acreditarse, entre otros modos, "mediante la presentación de una relación de los principales servicios facilitados en los últimos tres años"; el artículo 36 (dentro del Capítulo 3º) contiene una lista abierta de criterios a considerar para la adjudicación del contrato, todos ellos de naturaleza claramente objetiva, lo que permite excluir, si se combina con el artículo 32, la posibilidad de valorar la experiencia sino a la hora de establecer criterios de capacitación para el acceso a la contratación.. Se concluye, por tanto, que la valoración subjetiva de los licitadores se hará en la fase declarativa de la aptitud para ser ofertante, mientras que en la fase de valoración de las ofertas únicamente se tendrán en consideración la valoración de los criterios objetivos de la oferta, que previamente se habrán determinado en el Pliego.



Este criterio ha sido seguido por esta Sala en varias sentencias, entre las que destacamos la de 25 de Noviembre de 1.998, que en su Fundamento Jurídico Cuarto, después de recoger dicha fundamentación concluye "Por otro lado, lo cierto es que no resulta siquiera preciso referirse a la normativa comunitaria para concluir con la ilegalidad de estas previsiones relativas a la experiencia profesional. La Ley 13/1.995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 87, que es el que determina cuales han de ser los criterios que sirvan de base para la adjudicación del contrato, en el caso de concurso, lo hace también de forma ejemplificativa. Ahora bien, siendo tal cosa cierta, no lo es menos que, como se ha apuntado ya, si bien las listas ejemplificativas no agotan los supuestos admisibles, si sirven para determinar el "tipo" o "clase" de tales supuestos; en nuestro caso el tipo o clase de condiciones que puedan establecerse como valorables para la resolución del concurso. Así, el artículo 87 de la L.C.A.P. por un lado indica que se tomarán en cuenta "criterios objetivos" (por tanto no de otra clase), y por otro, al efectuar la enumeración ejemplificativa de los mismos, confirma que en todo caso éstos han de ser de aquella naturaleza: precio, fórmula de revisión, plazo de ejecución, coste de utilización, calidad, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, posibilidad de repuestos, mantenimiento, asistencia técnica y servicio postventa; y añade, "u otras semejantes"; por tanto deja claro queriendo la enumeración abierta lo es respecto a otras "semejantes"! u "objetivas", no a cualesquiera otras. Pues bien, si ahora comparamos el tipo de condiciones a que se refiere el artículo 87 citado, con la establecida por el Ayuntamiento de Ciudad Real, observaremos como la desviación de unas con respecto a la otra es radical, pues si la Ley contempla condiciones de tipo exclusivamente objetivo y relativas al Proyecto mismo, el Pliego regula requisitos de naturaleza subjetiva y relativos a los concursantes no al proyecto".

En definitiva, pues, procede la estimación del recurso contencioso administrativo también por este motivo, en cuanto a la declaración de nulidad pretendida por la Sociedad recurrente.

CUARTO.- De conformidad a lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, y al no concurrir motivos de mala fe o temeridad, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas del recurso.

Vistos los preceptos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por la ASOCIACION PROOVINCIAL DE EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCIÓN Y SIMILARES DE CIUDAD REAL declarando la nulidad del Pliego de Condiciones Económico Administrativas aprobado por el Ayuntamiento de Ciudad Real para la contratación mediante la modalidad de Concurso, en procedimiento abierto, de las obras "Proyecto de Urbanización del Sector S-MADR-1, Parque Industrial Avanzado", con todas las consecuencias legales inherentes. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas del recurso.

De la presente sentencia, llévese certificación literal a los autos originales de su razón, y notifíquese con indicación de que la misma no es firme, por ser susceptible de recurso de casación, para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.