



Roj: **STSJ CL 160/2003 - ECLI:ES:TSJCL:2003:160**

Id Cendoj: **47186330012003101445**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2003**

Nº de Recurso: **3467/1997**

Nº de Resolución: **42/2003**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE
CASTILLA Y LEON
SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
VALLADOLID

ILUSTRISIMOS SEÑORES:

Presidente:

DON EZEQUIAS RIVERA TEMPRANO

Magistrados:

DON JESÚS BARTOLOMÉ REINO MARTINEZ

DON ANTONIO JESÚS FONSECA HERRERO RAIMUNDO

RECURSO N°.....3467/1997

SENTENCIA N°..... 42-

En Valladolid, a 14 de enero de dos mil tres.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de Valladolid, integrada por los Magistrados citados al margen, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente

SENTENCIA

Visto el recurso contencioso administrativo seguido a instancia de LA CAMARA DE CONTRATISTAS DE CASTILLA Y LEON, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María del Mar Abril Vega y defendida por el Letrado don Juan Zapatero Gómez-Pallete, contra resolución de la Universidad de Salamanca por la que se convoca concurso público para la redacción del proyecto y subsiguiente ejecución de las obras del "Instituto de Investigación del Cáncer" en el Campus Miguel de Unamuno; ha sido parte demandada LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Henar Sánchez Palomino y defendido por el Letrado don Diego Cámara del Portillo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto y admitido el presente recurso, publicado edicto en el Boletín Oficial de la Provincia de Salamanca y recibido el expediente administrativo, la parte recurrente dedujo la correspondiente demanda, en la que, tras hacer una exposición de hechos y alegar fundamentos de derecho que consideró aplicables, suplicó que se dictara sentencia anulatoria de los actos recurridos. Todo ello con imposición de costas a la administración demandada. Por medio de otrosí se solicitó el recibimiento a prueba.



SEGUNDO.- La defensa de la Universidad de Salamanca contestó a la demanda negando los hechos de la misma en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan exactamente con los derivados del expediente administrativo; tras exponer los fundamentos de derecho que entendió de aplicación al caso terminó suplicando la inadmisión del recurso y, subsidiariamente, su desestimación con expresa imposición de costas al recurrente.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba se practicó, con el resultado que obra en autos, la admitida a las partes y, finalizado tal periodo, quedaron los autos conclusos.

CUARTO.- Presentado por ambas partes escrito de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 10 de enero de 2003.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites marcados por la Ley aunque no los plazos en ella fijados dado el volumen de trabajo y la pendencia que existe en la Sala.

El orden de despacho y decisión de este proceso resulta de dar cumplimiento al acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 10 de septiembre de 2002.

VISTO, siendo Ponente el Ilustrísimo Señor Magistrado don ANTONIO JESÚS FONSECA HERRERO RAIMUNDO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugnan en este recurso la resolución de la Universidad de Salamanca por la que se convoca concurso público, por el procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato de obras, con redacción de proyecto, del "Instituto de Investigación del Cáncer" en el Campus Miguel de Unamuno, resolución que fue publicada en el Boletín Oficial de Castilla y León de 7 de julio de 1997. Posteriormente, por resolución de 30 de Julio de 1997 se modificó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y por resolución de 1 de agosto de 1997 -Boletín de 11 de agosto- se anunció la citada modificación y los plazos de presentación de proposiciones y el acto de apertura de las mismas.

En la demanda se ejercita una pretensión anulatoria por entender que determinadas cláusulas del Pliego son contrarias al ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.- La Universidad de Salamanca, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 82, b) y c) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, opone la inadmisibilidad del recurso por las siguientes razones: A) por apreciar falta de capacidad procesal de la entidad recurrente, exigida por el artículo 27 de dicha Ley, ello tanto por no haberse acreditado su existencia ni su personalidad jurídica, al no haberse aportado, ni incorporado a la escritura de poder, dato alguno sobre su constitución y estatutos sociales, como por no constar la existencia de acuerdo corporativo válido para la interposición del recurso; B) por apreciar falta de legitimación activa de la recurrente al no considerar suficiente la legitimación corporativa del artículo 32 de la citada Ley y del artículo 7.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, C) por considerar que al no haber sido impugnado en acto de adjudicación del contrato concurre la excepción de acto firme y consentido del artículo 40.a) de la Ley de la Jurisdicción.

Al examinar estos obstáculos procesales denunciados por la parte demandada y de cara al rechazo de los dos primeros -falta de capacidad y falta de legitimación- es preciso resaltar cómo la propia Universidad demandada las ha admitido en vía administrativa al modificar el Pliego de Cláusulas Administrativas a iniciativa de la Cámara de Contratistas demandante, razón por la que no puede ahora negarlas sin incurrir en una posición abusiva y de mala fe que debe ser rechazada por resultar contraria a lo dispuesto en el artículo 11.1º y 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En lo que respecta al tercero de ellos -acto firme y consentido- la respuesta debe ser desfavorable a los intereses de la propia Universidad pues tal causa de inadmisión requiera de la existencia, al impugnar un acto concreto, de otro anterior que venga a reproducir o confirmar, y es evidente que tal carácter no puede predicarse del acto de adjudicación del contrato cuando se está impugnando uno anterior, cual es el anuncio de licitación.

TERCERO: En relación con la cuestión de fondo, comenzaremos por la supuesta vulneración del artículo 104.3º de la LCAP, que se imputa a la cláusula 4ª.1º del Pliego y por razón de excluir del contrato la revisión de precios. Se afirma que tal decisión, siendo posible, no está motivada en el expediente administrativo al considerar insuficiente la cita que se hace del artículo 125 de la propia LCAP y entender que era necesaria una motivación que se justificase en aspectos específicos del contrato pues la futura variación de los precios es tan imprevisible para quien hace el Proyecto -contratista- como para la Universidad -contratante-.

Obra en el expediente -folio 10-, y al él acude la defensa de la Universidad para defender la legalidad de la cláusula, una Resolución dictada por el Rector el día 27 de junio de 1997 para motivar la improcedencia de la



revisión de precios que la justifica en el hecho de que se trata de un contrato de los previstos en el artículo 125 de la LCAP y en que el proyecto de las obras ha de ser presentado por el empresario-contratista, razón por la que se traslada a él la evaluación de los precios de los elementos que intervendrán en la contratación, de modo que el presupuesto ofertado deberá contener los elementos de juicio necesarios que, plasmados en la oferta económica, conlleven a que no exista variación de precios. Más adelante se dice que el riesgo inflacionario, con el diseño del proyecto de ejecución y por ende de sus precios descompuestos, debe quedar a cargo de la diligencia empresarial y de la previsión científica del alza de los precios.

Pues bien, advirtiendo que no cabe duda de que la LCAP de 1995 -artículo 104- ha consagrado el mecanismo de la revisión de precios como un derecho "ex lege" del contratista hasta el punto de imponer que su exclusión sea motivada y, sobre todo, cuando el artículo 87 lo prevé como uno de los criterios de valoración, entiende esta Sala que con ello -en el informe citado- está suficientemente acreditada la motivación de la exclusión de la revisión de precios, sin que quepa admitir incorrección en ella sobre la base de la genérica alegación vertida en la demanda.

CUARTO.- En segundo lugar se alega la nulidad de la cláusula 7ª.3,f) del Pliego pues al exigir clasificación del contratista hasta en un total de 11 subgrupos vulnera la normativa de aplicación, establecida en el Reglamento General de la Contratación y en la Orden de 28 de marzo de 1968 -artículo 14-, modificada por la de 28 de junio de 1991 y, con ella, se limita el principio básico de libre concurrencia pues, exigiendo un injustificado alto grado de clasificación, se impide que contratistas capacitados según las exigencias reales de la obra puedan concurrir a la licitación. Este motivo de impugnación representa en realidad una causa de anulabilidad a tenor del artículo 64 de la LCAP representada por una vulneración de la citada Orden de 28 de marzo de 1968.

La Universidad considera que la citada Orden legitima su actuación y, con carácter general, sostiene que la previsión se justifica en la necesidad de evitar adjudicaciones sin porvenir en contratos de extraordinaria complejidad y cuantía, cuya crisis o fracaso y la necesidad de acudir a una nueva contratación puede originar graves daños al interés público.

En definitiva, lo que alega la Universidad demandada es que las particularidades de la obra a realizar por el contratista permiten que sea exigida clasificación para cada una de las partes que presenta singularidad, pero olvida que sobre tal excepción, que lo es dado el tenor literal del artículo 14 de la Orden citada, exigía que en el expediente administrativo hubiese una mención especial sobre el particular - la excepcionalidad del caso- y sobre el hecho de que el importe de las obras parciales que fuesen merecedoras de esa singularidad excede del 20% del precio total del contrato, requisitos o limitaciones que son impuestas por el artículo 14 para admitir, primero hasta cuatro subgrupos de clasificación y, excepcionalmente, un tipo de clasificación por cada subgrupo singular de la obra. En todo caso, debe advertirse que el límite relativo al precio difícilmente puede ser respetado cuando se exigen hasta 11 clasificaciones.

Por ello procede acoger esta causa de anulabilidad.

QUINTO.- Esa vulneración del principio de concurrencia se alega nuevamente para impugnar la cláusula 7ª.4, en relación con la 7ª.7, cuando configuran como causa o motivo de exclusión de la licitación el hecho de no ser presentados determinados documentos que deban incluirse en el sobre "C", relativo a la documentación técnica y profesional, haciendo cita concreta de "los certificados de obras realizadas" (78.4.2 y 3) y de "certificados de sellos de calidad AENOR" (78.4.10). Se mantiene que de esta manera se introducen subrepticamente supuestos de prohibición de contratar no previsto en el artículo 20 de la LCAP, o que permite excluir de la licitación a quienes conforme a Ley están capacitados para contratar.

La Universidad afirma la legalidad de dichas previsiones sobre la base del contenido de los artículos 110 y 321.1º del Reglamento General de Contratación del Estado -RGCE-. Pues bien, aunque el principio general que rige la materia es el de que la clasificación del contratista le habilita para concurrir a los contratos que pretenda realizar la Administración, debe advertirse que ello no implica, sin embargo, que la Administración no pueda introducir requisitos específicos por vía de Condiciones Particulares, posibilidad que está contemplada en los artículos 110 y 312 del Reglamento de Contratación y que, a juicio de esta Sala, da suficiente cobertura a la decisión administrativa pues los criterios atacados persiguen la acreditación de una especial capacidad técnica de forma clara y totalmente objetiva, razón por la que este motivo de impugnación debe ser rechazado.

SEXTO.- Finalmente, la demanda ataca determinados criterios de valoración que la cláusula 108 establece a fin de que puedan ser estimados por la Mesa de Contratación para formular su propuesta, en concreto los recogidos en los párrafos 3.3 -grado de satisfacción en obras realizadas para la Universidad con anterioridad- y 3.6 -grado de confianza en el alcance la obra subcontratada y nivel de calidad de las empresas subcontratistas propuestas-, y todo ello por considerar que resultan contrarios al carácter objetivo que exige el artículo 87 de la LCAP.



La Universidad mantiene que los criterios controvertidos se ajustan totalmente a las exigencias del citado artículo 87.

A este respecto hemos de indicar que la forma de adjudicación del contrato que nos ocupa es el concurso y por tanto se trata de una modalidad de adjudicación donde la Administración disfruta de una amplia discrecionalidad en la fijación de los criterios que deben tenerse en cuenta, teniendo la enumeración que realiza el artículo 87 un carácter ejemplificativo y no vinculante, siendo criterios de lo más variado y pudiéndose añadir otros dependiendo del fin público que en cada caso se trate de satisfacer. Aunque la Administración es libre de fijar criterios lo deberá hacer siempre de forma motivada y al servicio de ese interés, debiéndose fijarlos en los Pliegos para que sean conocidos por los licitadores y quede garantizado el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución. Entendemos así que aquí dada la naturaleza y objeto del presente contrato dichos criterios se encuentran tal y como se recogen en la cláusula 108 del Pliego de suficientemente precisados, otra cosa es que en la adjudicación se motive o no la atribución de los puntos pero ello, evidentemente, es algo que escapa del objeto del presente recurso. Pero ello no significa que podamos valorar, como hemos hecho, si los criterios fijados en el Pliego tienen o no la concreción necesaria para atender al principio de seguridad jurídica, ya que es sobradamente conocida la doctrina de que no se puede impugnar los criterios o bases fijados en el Pliego con ocasión de la adjudicación, sino que debe hacerse en el momento de hacerse pública la convocatoria del concurso.

Por último y con relación al criterio subjetivo de tener en cuenta la experiencia del concursante, sólo cabe recordar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo donde en sentencias como la de 9 de febrero de 1985, 18 de junio de 1985 o 26 de diciembre de 1988 señala que los criterios de adjudicación, que una vez fijados deben ser respetados para poder ser objeto de control, pueden referirse tanto a aspectos objetivos de la propia oferta como a subjetivos de las personas de los contratantes, siempre que se incluyan en el Pliego.

SEPTIMO.- No se aprecia la concurrencia de ninguna de las circunstancias reguladas por el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción para llevar acabo la expresa condena en costas que prevé el artículo 81.2º de la misma, razón por la que no se hace expresa imposición de las mismas.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS PARCIALMENTE el presente recurso contencioso administrativo, registrado con el número 3467/1997, y ANULAMOS el acto administrativo impugnado en el particular relativo a la exigencia de clasificación impuesta por la cláusula 7.3.f) del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares. Todo ello sin hay expresa imposición de las costas del mismo.

Asi por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.