



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZG DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUM 1 DE GRANADA

Avda del Sur nº1, 5ª planta
Tel.: 958897100 Fax:

N.I.G.: 1808745020140005864

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Negociado: LO

Recurrentes:

Letrado:

Procurador:

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE

Representante:

Letrados:

Procuradores:

Acto recurrido:

PERIODISTA BARRIOS TALAVERA 1ª PLANTA. GRANADA
C/ PERIODISTA BARRIOS TALAVERA 1ª PLANTA. GRANADA

SENTENCIA Nº 556/15

En la ciudad de Granada, a 10 de Septiembre de 2015.

Vistos por la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María Isabel Moreno Verdejo , titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Granada, el presente procedimiento ordinario seguido con el número ... seguido contra la resolución de 26 de Septiembre de 2014, del Ayuntamiento de ... por la que se inadmite y desestima el recurso formulado frente a los Pliegos de Clausulas particulares y de prescripciones técnicas correspondientes al concurso público para la Gestión de la Escuela de Educación Infantil

En el proceso constan las siguientes partes. Parte demandante: ... representados por el Procurador D. ... y asistido del Letrado D. ... y Parte demandada: Excmo. Ayuntamiento de ... representado y asistido del letrado D. ...

La cuantía del presente procedimiento es indeterminada

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto escrito anunciando el recurso con fecha de 3 de Diciembre de 2014, se reclamó el expediente administrativo a la Administración demandada, quien



leyes, ni debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles (STC 45/2004, de 23 de marzo , -FJ 4 y ATC 430/2004, de 12 de noviembre , FJ 4. Pues bien, es evidente que debe estar al caso concreto ya que la Jurisprudencia es casuística y así lo reconoce, igualmente debe separarse lo que es la mera defensa de la legalidad y el interés concreto.

Referido al supuesto concreto en el que en materia de contratación se impugnen los pliegos por quienes no ha sido parte de la licitación, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo TSJA, sección 1 del 02 de febrero de 2015, con sede en Granada (ROJ: STSJ AND 1379/2015 - ECLI:ES:TSJAND:2015:1379) Sentencia: 138/2015 | Recurso: 1257/2011, dice:

“Pues bien, para la primera resolución, en la que se aprobaban los pliegos de condiciones del concurso, no es aplicable el razonamiento de esa falta de legitimación a que hace referencia la Sentencia, ya que la Sentencia se refiere únicamente a que no hay legitimación si no se interviene en el proceso de contratación y adjudicación del servicio público, y como se impugnan las condiciones del concurso no es congruente concluir que no se ha tomado parte en ese proceso y por eso no hay legitimación.

Antes al contrario, la impugnación de ese pliego de condiciones se produce antes de participar en el proceso correspondiente, ya que las proposiciones que se presentasen debían ajustarse al pliego de cláusulas administrativas y su presentación suponía la aceptación de las mismas.

Por tanto, es cierto que se puede negar legitimación a quien no ha sido parte en un proceso de adjudicación, porque en ese caso no tendría interés legítimo, ni la anulación le podría producir beneficio o perjuicio, pero esto sólo sucedería si se hubiese impugnado aisladamente la Resolución de 5 de abril de 2010 de adjudicación definitiva, cosa que no ha sucedido.

Y así, se impugna la resolución de 22 de enero de 2010, por la entidad Tanatorios, que sí ostenta un evidente interés legítimo, pues de modificarse las condiciones del concurso, habría podido concurrir al mismo, y sí tiene legitimación e interés directo en los términos del artículo 19 de la LJCA en relación con el artículo 37.3 de la Ley 30/2007 (en la redacción vigente en la fecha de los hechos objeto de este proceso).

En este sentido, en materia de contratación administrativa, el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de septiembre de 2004 sienta como principio que " es cierto que, como regla general, ha de reconocerse legitimación para impugnar la adjudicación de un concurso a quienes han concurrido al mismo, y que quienes no han sido concursantes han de acreditar un interés legítimo en la impugnación para que les sea reconocido la indicada legitimación "; añadiendo que "de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala que interpretó el invocado artículo 28 de la LJC, lo que otorga legitimación activa es la titularidad de cualquier interés legítimo en la anulación del acto administrativo impugnado, sin que pueda erigirse en exigencia formal ineludible para la impugnación de cualquier acto relacionado con un concurso para la adjudicación de un contrato el haber participado o concurrido. O, dicho en otros términos, aunque dicha

participación evidencie un interés en el resultado del concurso, no puede excluirse un interés legítimo en la impugnación de la convocatoria misma del concurso en el que no se participa por las propias condiciones en que es convocado, concluyendo que para reconocer legitimación para impugnar judicialmente no la adjudicación sino la misma convocatoria, no procede exigir ineludiblemente la participación en un concurso cuyas condiciones y exigencias se estimaban contrarias al ordenamiento jurídico ."

En el caso de autos tenemos que el recurso lo interpone una sociedad mercantil que tiene por objeto social, entre otros, la prestación de servicios funerarios, según se expresa en la escritura pública aportada al interponer el recurso.

De forma que teniendo por objeto el recurso en el que se ha dictado la Sentencia apelada una resolución que acuerda aprobar la contratación, con unas determinadas condiciones, de las concesiones en régimen de gestión indirecta por particulares para la gestión del servicio público de cementerio, tanatorio y crematorio en Almería, y defendiéndose en la demanda que esas cláusulas son contrarias al ordenamiento jurídico e impiden a la mercantil concurrir a esa convocatoria, no presenta duda la legitimación activa de la recurrente, pues una eventual estimación del recurso y la consecuente anulación del acto recurrido podría comportar un beneficio a la actora, como es el de poder participar en una nueva convocatoria. En un sentido similar se pronuncia, aunque referido a un concurso en materia de difusión audiovisual, la reciente Sentencia nº 581/2014, de 27 de junio de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña .

Procede por tanto revocar la Sentencia apelada, en el sentido de declarar que la mercantil apelante Tanatorios... ostenta legitimación activa para impugnar la Resolución de 22 de enero de 2010 por la que se resuelve un recurso especial en materia de contratación frente al pliego en el que se establecían las condiciones del concurso, y también respecto a la Resolución de 5 de abril de 2010, tras la ampliación del recurso."

Sobre esta misma cuestión se ha pronunciado la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cantabria sección 1º de 22 de Octubre de 2007, sentencia 808/2007, en el siguiente sentido:

“La Sala estima que este motivo de impugnación no puede ser acogido, ya que:

1) Se articula sobre la hipótesis de que la participación en el concurso es obligatoria para poder impugnar la convocatoria y las bases del mismo, es decir considera que la participación es presupuesto preprocesal ineludible, obviando que:

- Ni la LJCA ni la legislación sectorial impone carga alguna para interponer el recurso y

- El carácter antiformalista de la jurisdicción contencioso-administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, no permite imponer más cargas que las expresamente establecidas en la Ley y



2) Se fundamenta en una jurisprudencia previa a la nueva LJCA o que no contempla el supuesto concreto (la STS de 15/3/2005 se refiere a la impugnación de la resolución que resuelve un concurso por quien no ha participado en el mismo) mientras que el TS ha declarado, expresamente, en su sentencia de 27/3/2007 que "cabe reconocer a la entidad recurrente la legitimación para impugnar el acto aquí recurrido, ya que al impugnarse las bases y cláusulas de explotación de los servicios de amarre y desamarre de buques, es claro que no cabe exigir, el haber participado en el concurso a que las citadas bases se refieren, pues el tal concurso se inicia a partir de la aprobación y publicación de las bases y por otro lado, si lo que se estima no conforme a derecho y que perjudica los intereses de sus afiliados, es ese concurso que las bases habilitan es claro, que el momento de su impugnación, es el de aprobación de tales bases, pues si las mismas no se impugnan adquieren firmeza y con ello imposibilitan la impugnación posterior del concurso.

Y no obsta en nada a lo anterior el que esta Sala del Tribunal Supremo no haya admitido la legitimación para impugnar el resultado de un concurso a quien o quienes no hayan participado pudiendo hacerlo, y que haya denegado la legitimación a la entidad recurrente, que defiende los intereses de sus representados y que impugna las bases del servicio de amarre y desamarre de buques, a fin de posibilitar la participación de sus afiliados en la forma que permite y autoriza la normativa vigente que estima aplicable, y no con el otorgamiento plural y sucesivo de autorizaciones, con lo que ciertamente cabe reconocerle el interés a que se refiere el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción ".

En el presente caso se recurre el Pliego de cláusulas particulares del contrato por lo que, de conformidad con las sentencias anteriormente trascritas, cuyos argumentos con plenitud compartidos, estamos ante el momento inicial del procedimiento de contratación y no es exigible, por ello, que haya tomado parte en el mismo para poder impugnar el contenido de los pliegos, por lo que la causa de inadmisibilidad invocada de contrario ha de ser desestimada.

TERCERO.- En relación a la cuestión de fondo, se plantea por el actor que el criterio de valoración contenido en el Pliego de la contratación, conforme al cual se valora en 15 puntos a los licitadores que tengan condición de entidades de economía social conforme a lo previsto en la Ley 5/2011 de 29 de Marzo, es contrario tanto a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como a la Constitución por vulnerar el artículo 14, al ser discriminatorio para el resto de empresas.

La Administración demandada opone que el acto recurrido es conforme a derecho toda vez que el artículo 150 del TRLCSP establece la posibilidad de utilizar cláusulas sociales no sólo como condición de ejecución de los contratos sino también como criterio de valoración de las ofertas incluyendo expresamente "las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales". Arguye que este precepto y el 118 del mismo cuerpo legal vienen a transponer la normativa europea y no supone discriminación para los licitadores, existe relación con el objeto del contrato, no otorga a la entidad adjudicataria una libertad de elección ilimitada y se ha establecido en el Pliego que se ha publicado previamente.



Del expediente administrativo resulta que el objeto del Pliego de Concurso para la gestión de la Escuela de Educación Infantil es la concesión administrativa para la explotación durante tres años del inmueble denominado "Escuela infantil, [illegible]". En el Anexo I se dispone: 5. CRITERIO E: Entidades de economía social (15 puntos).

El artículo 150. 1 y 2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que, en relación a la valoración de las ofertas dispone que:

"1.- Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada."



El artículo 118 del mismo cuerpo legal establece:

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e).

Las Entidades de economía social están reguladas en la Ley de 29 de marzo de 2011, y se definen en su artículo segundo que dice “Se denomina economía social al conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos”.

CUARTO.-En el supuesto enjuiciado el actor invoca que el establecer como criterio de valoración en los Pliegos del concurso para la gestión de la escuela, ser una entidad de economía social, supone una discriminación respecto de las que no lo son y una vulneración del principio de igualdad.

El artículo 1.1 del TRLCSP dispone que “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Ciertamente se toma en consideración para la valoración, el hecho de ser un determinado tipo de empresas, esto es, criterio que esta en relación con el contratista, pero no se justifica la relación con el objeto del procedimiento, pues no se explicita en el Pliego, de conformidad con el artículo 150 del TRLCSP, a que necesidades específicas de la



contratación responden. Ya en el apartado de capacidad para contratar, se dispone podrán formar parte de esta contratación las personas naturales y jurídicas y que se tendrán en cuenta para contratar además, la experiencia y fiabilidad, que se podrá acreditar según el objeto del contrato, especificando que para ello deberá tomarse en cuenta la relación con los trabajos anteriormente realizados en los últimos tres años, titulaciones, personal, entre otros. Ahora bien, estas cuestiones están en relación con la solvencia de la empresa. Distinto de esto es la inclusión de un criterio de valoración que está relación con el tipo de empresa, y que por tanto, sin estar en relación directa con el objeto del contrato, se reduce a una serie de empresas como posibles licitadores, dándole además una valoración de 15 puntos, pues se tiene en cuenta que sea una entidad de economía social, en detrimento de las restantes y sin que esto esté justificado por el objeto del contrato, de conformidad con las exigencias del artículo 150 del TRLCSP.

Esto lleva a concluir que el referido punto del Pliego es contrario a la prohibición de discriminación que debe regir toda contratación, pues vulnera el artículo 1.1 del referido Texto Refundido, y por tanto es anulable de conformidad con el art. 63 de la Ley de Procedimiento Administrativo Comun.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139 de la LJCA las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieran sido completamente desestimadas, por lo que en el presente caso procede imponer las costas a la parte demandada.

SEXTO.- Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, son susceptibles de Recurso de Apelación, con las excepciones de las letras a) y b) del Apartado 1 del art. 81 de la L.J.C.A. 29/98 de 13 de julio . En el proceso que nos ocupa, de cuantía indeterminada cabe recurso de Apelación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

1

FALLO

Que ESTIMO el recurso contencioso administrativo formulado por el Procurador D. [Nombre] en nombre y representación de [Entidad] contra la resolución de 26 de Septiembre de 2014, del Ayuntamiento de [Municipio] por la que se inadmite y desestima el recurso formulado frente a los Pliegos de Clausulas particulares y de prescripciones técnicas correspondientes al concurso público para la Gestión de la Escuela de Educación Infantil [Nombre] de [Municipio], que se anulapor noser ajustada a derecho, en relacion al numero 5 criterio E . “ Entidades de Economía Social “ , apartado A punto 18 anexo I y con imposición de las costas procesales a la parte demandada.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Notifíquese la presente resolución a las partes. Contra esta sentencia cabe recurso de apelación en el plazo de quince días a contar desde la notificación de la presente resolución para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, previa consignación del importe de 50'00 € en la cuenta de consignaciones de este Juzgado nº 1715/0000/22/1133/14, en SANTANDER, haciendo constar en el mismo "recurso de apelación".

Llévese certificación literal de ésta sentencia a los autos originales y el original al Libro de su clase. Firme que sea, remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al correspondiente órgano administrativo.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Il^{ta}. Sra. Magistrada de este Juzgado, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doyfe.