

**T. S. J. ASTURIAS CON/AD (SEC. UNICA)
OVIEDO**

SENTENCIA: 00391/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION N° AP 79/15

APELANTE: AYUNTAMIENTO DE OVIEDO

PROCURADOR: D^a .

APELADO: COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE ASTURIAS

PROCURADOR: D^a I

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González-Lamuño Romay

En Oviedo, a veinticinco de mayo de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 79/15, interpuesto por el Ayuntamiento de Oviedo, y representado por la Procuradora D^a . , siendo parte apelada el Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias, representado por la Procuradora D^a I

Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado D^{ña}. OLGA GONZÁLEZ-LAMUÑO ROMAY.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 79/14 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de los de Oviedo.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 27 de enero de 2015. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 21 de mayo pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a la consideración de esta Sala en el presente recurso de apelación la Sentencia dictada el día veintisiete de enero de 2015, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Oviedo, en autos del procedimiento ordinario tramitado con el nº 79/2014, estimatoria parcial del recurso interpuesto por el Colegio

Oficial de Arquitectos de Asturias contra la resolución del Ayuntamiento de Oviedo, de 28 de enero de 2014, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del meritado Ayuntamiento por la que se anunció la contratación de la redacción del proyecto de ejecución de obras y, en su caso, de la dirección de las mismas, para la construcción de un edificio en Ventanielles, destinado a centro para el fomento de la innovación y el emprendimiento (número de expediente CC 13/154-CPV), incluida la aprobación de los Pliegos de Condiciones que regulan dicha licitación, declarando su disconformidad a derecho, anulando los apartados siguientes de las cláusulas administrativas:

- Cláusula Primera, apartado B, en cuanto a la modificación unilateral sin compensación económica.
- Cláusula Segunda, apartado 4, referida a la no revisión de precios y;
- Cláusula Quinta, referida a las obligaciones y derechos del contratista, en concreto la solvencia técnica referida a la exigencia de un diseñador certificado passivhaus.

Por el Ayuntamiento de Oviedo aquí apelante, se solicita se dicte Sentencia por la que, con estimación de los fundamentos expresados en el recurso de apelación, se revoque la misma, dictando otra en su lugar que desestime íntegramente el recurso contencioso administrativo, por haber sido dictados los acuerdos municipales impugnados de conformidad con el Ordenamiento Jurídico.

Se alega por la apelante como motivos del presente recurso de apelación, la errónea valoración de los hechos, en relación con la aplicación del art. 62 del RDL 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y preceptos concordantes relativos a la solvencia técnica exigida a los licitadores; la errónea interpretación de los arts. 155 y 225 del TRLCSP en relación con la modificación del contrato previsto en los pliegos, así como la errónea interpretación de la exclusión de la revisión de precios. Por su parte, el Colegio de Arquitectos solicita la confirmación de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Dado el contenido de las alegaciones que se hacen, con carácter previo al examen de las distintas cuestiones suscitadas en la presente instancia, conviene recordar la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (SSTS,

entre otras muchas, de 3 de junio de 1982, 13 de enero de 1992 y 24 de julio de 1996) en la que se señala que "no cabe confundir el recurso de apelación con una segunda instancia en la que se discutan de nuevo la totalidad de las cuestiones de hecho y de derecho resueltas por la sentencia apelada. Por el contrario, el apelante debe esforzarse en demostrar que la sentencia del Tribunal de instancia vulnera el ordenamiento jurídico, constituyendo una desnaturalización del recurso la reiteración de los argumentos ya esgrimidos en el proceso ante aquella instancia".

Y conviene dejar sentado que el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el Juzgador de instancia. Sin embargo, la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el Juzgador de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien la realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquella, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el Tribunal "ad quem" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba llevadas a cabo defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es, cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo dialéctico alguno, porque el error es patente y claro.

TERCERO.- Sentado lo anterior señalar, en primer término, que se alega por la apelante la errónea valoración de los hechos en relación con la aplicación del art. 62 del RDL 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y preceptos concordantes relativos a la solvencia técnica exigida a los licitadores, así en relación a la solvencia técnica y la exigencia de integración en el equipo licitador de un Arquitecto, Diseñador Certificado Passivhaus (CPHD), señala la apelante que en atención a la naturaleza de la obra a proyectar y dirigir, tratándose de un edificio de consumo de energía casi nulo o NZEB, han de ser exigidos determinados requisitos de solvencia técnica superiores a una titulación genérica, como puede ser la de arquitecto. Así, en la cláusula Quinta, apartado A.1ª y Decimonovena-apartado E, del Pliego de Cláusulas Administrativas, se concluye como

condición mínima para la adjudicación del contrato la concurrencia de los siguientes requisitos:

Equipo técnico (cláusula Quinta-apartado A.1ª del PCA), debiendo aportar las titulaciones académicas profesionales y/o certificado de colegiación así como la justificación de la experiencia, tanto del licitador que resulte propuesto como adjudicatario, como del personal mínimo a adscribir al contrato (cláusula Decimonovena, apartado e, del PCA), y que deberá incluir:

2) Arquitecto, Diseñador Certificado Passivhaus (CPHD) -o equivalente, en cuyo caso se deberá acreditar tal equivalencia- con función de testar y verificar que las soluciones contempladas en proyecto y en dirección de obra cumplen con los requisitos del estándar Passivhaus -o equivalente- con una experiencia mínima de un año en proyectos Passivhaus, participando como CPHD en la redacción de proyecto y dirección de una obra de nueva construcción o rehabilitación, que haya obtenido el Certificado Passivhaus (o EnerPhit, en caso de rehabilitación), expedido por el Passivhaus Institut (o equivalente).

Señalando el apelante la no vulneración del art. 62 del TRLCSP, que establece que las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, deben estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo, toda vez que el objeto del contrato era la redacción de un proyecto para, en su caso, acometer a posteriori la construcción de un edificio de consumo de energía casi nulo (NZEB) que responda a las exigencias planteadas en la Directiva Europea 2010/31/CE, de fomento de la Eficiencia Energética de los Edificios, por lo que la forma de garantizar en la medida de lo posible la consecución de tal objetivo es exigir que un diseñador especialista en la materia se incorpore al equipo redactor, exigiéndosele un año de experiencia y su intervención en un edificio pasivo, sin que ello pueda considerarse desproporcionado, entendiéndose que solo exigiendo por vía de solvencia técnica el conocimiento y la experiencia profesional relacionada con el estándar Passivhaus, se puede tratar de garantizar el buen fin del contrato, no vulnerándose los principios de libre concurrencia y competencia.

Ahora bien, tal argumentación no puede ser admitida, toda vez que no se trata de considerar si en atención a la naturaleza de la obra a proyectar y dirigir (un edificio

de consumo de energía casi nulo o NZEB) en los términos exigidos por la Directiva 2010/31/UE, de 19 de mayo, sobre Eficiencia Energética de los Edificios, han de exigirse determinados requisitos de solvencia técnica superiores o una titulación genérica, como puede ser la de arquitecto, sino si el contenido específico de la exigencia contenida en el punto 2 de la cláusula Quinta-apartado A.1ª del PCA, vulnera tanto el Principio de la Libre Concurrencia como la letra y el espíritu del artículo 78 del Real Decreto Legislativo 3/2011.

A ello tenemos que decir, como bien se recoge en la Sentencia impugnada, que constituye limitación a la libre concurrencia la exigencia de una certificación privada no homologada, como es la Passivhaus, y a la que ni siquiera se hace referencia en la Directiva 2010/31/UE relativa a la Eficiencia Energética de los Edificios, ni en el Real Decreto 235/2013 por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, siendo así que la solvencia técnica estaría suficientemente acreditada para el cumplimiento de los otros, requisitos establecidos en los puntos 1 y 3, así un arquitecto con más de cinco años de experiencia en edificios de similar naturaleza al licitado y en obras de un presupuesto mayor de 2 millones de euros, junto con otro Técnico superior especializado en eficiencia energética e instalaciones, experiencia mínima de 3 años en proyectos específicos relacionados con la eficiencia energética y participación en obras de más de 2 millones de euros, es por ello que el presente motivo del recurso de apelación debe ser desestimado.

CUARTO.- Por lo que respecta a la impugnación consistente en la errónea interpretación de los arts. 155 y 225 del TRLCSP, en relación con la modificación del contrato previsto en los pliegos, así como errónea interpretación de la exclusión de la revisión de precios, señalar que en esta alzada se pone de manifiesto la reiteración de las mismas cuestiones ya planteadas y resueltas por el Juzgador “a quo”, argumentando la sentencia que se vulneran los arts. 155 y 223 del TRLCSP, en la medida en que el Ayuntamiento contempla una modificación de las condiciones del contrato por razones presupuestarias excluyendo expresamente una indemnización para el adjudicatario, tanto en el supuesto de minorar la intervención del adjudicatario como Director de Obra a favor de Técnicos Municipales, como para el supuesto de eliminar tal servicio por innecesario si las obras de construcción del edificio

proyectado no llegaran a realizarse, entendiendo el apelante que estando prevista la causa de modificación en los pliegos y concurriendo las causas específicamente contempladas, la modificación del contrato es una prerrogativa del poder adjudicador, atendiendo tales causas de modificación convencionalmente establecidas al interés general.

Debiendo señalarse que si bien los contratos del sector público pueden modificarse, conforme a lo establecido en los arts. 105 y ss. TRLCSP, lo que no puede la Administración es modificar unilateralmente las condiciones del contrato sin derecho a compensación económica alguna a favor del adjudicatario, toda vez que es contrario a lo establecido en el RDL 3/2011, arts. 155 y 223, igual suerte desestimatoria debe correr la, a juicio de la apelante, errónea interpretación de la exclusión de revisión de precios, toda vez que siendo legítima su exclusión la misma debe de ser motivada por el órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el art. 89 del mencionado Texto Refundido.

QUINTO.- En materia de costas procesales las mismas deben ser impuestas a la parte apelante, de conformidad con lo establecido en el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional, al no concurrir circunstancias para su no imposición, con el límite de 1.000 euros por todos los conceptos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a

en nombre y representación del Ayuntamiento de Oviedo, contra la Sentencia dictada el día veintisiete de enero de 2015, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6, de Oviedo, en autos de PO nº 79/2014, Sentencia que se confirma en sus propios términos por ser ajustada a Derecho. Con expresa imposición de costas a la parte apelante, con el límite fijado en el último fundamento de derecho.



Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

