



Recurso nº 325/2013

Resolución nº 282/2013

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

En Madrid, a 10 de julio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. P.C.F.A., en nombre y representación de la CONFEDERACION NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra el Pliego de condiciones particulares que rige la licitación relativa al contrato "OBRAS DE EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN PARA LA CONEXIÓN ENTRE VALENCIA-SANT ISIDRE Y VALENCIA-LA FONT DE SANT LLUIS. VÍA Y ELECTRIFICACIÓN", con número de expediente 3.13/27507.0065, convocado por la Entidad Pública Empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Entidad Pública Empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF), convocó, mediante anuncio enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el 4 de junio de 2013 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 7 de junio de 2013, licitación para la adjudicación, por el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, del contrato de "*obras de ejecución del proyecto de construcción para la conexión entre València-Sant Isidre y València-La Font de Sant Lluís. Vía y electrificación*", con número de expediente 3.13/27507.0065.

Segundo. Con fecha 20 de junio de 2013, la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC) presentó ante la Dirección de Compras y Contratación escrito en el que anunciaba su voluntad de interponer recurso especial en materia de contratación frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la licitación.

Tercero. Mediante escrito que tiene entrada en el Registro General del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el día 24 de junio de 2013, la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC) presentó recurso especial en materia de contratación frente al referido Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Cuarto. Con fecha 3 de julio de 2013, este Tribunal dictó resolución por la que acordaba la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.5 TRLCSP, ya que, conforme al artículo 1 del Estatuto de Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, aprobado por Real Decreto 2395/04, de 30 de diciembre, ADIF tiene el carácter de Entidad Pública Empresarial. Por tanto, si bien, conforme al artículo 3.2 TRLCSP, no tiene la condición de Administración Pública, sí que tiene la condición de poder adjudicador conforme al artículo 3.3.b) ya que la Administración General del Estado controla su gestión y nombra a la totalidad de los miembros de sus órganos de gestión.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello. A este respecto, cabe recordar que, como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones de este Tribunal, (entre ellas, las 29/2011, 248/2012 y, muy particularmente, por referirse a esta misma recurrente, en la muy reciente 219/2013), “parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos”. Tal y como se argumenta en esas resoluciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente (por todas, Sentencia de la Sala

de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 mayo de 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto del recurso.

Tercero. Por su parte, el acto impugnado es recurrible en esta vía.

El objeto del recurso es el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que ha de regir la licitación. Los pliegos son susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.2.a) TRLCSP, siempre que vayan referidos a las modalidades de contrato que se especifican en el propio artículo.

La licitación a la que se refiere el pliego impugnado es la licitación relativa a un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 5.000.000 €. En consecuencia, tiene la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada conforme al artículo 14.1 TRLCSP.

En consecuencia, el pliego recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Este Tribunal ha señalado que, cuando los pliegos y demás documentos sean puestos a disposición de los interesados por medios telemáticos o informáticos, el plazo debe computarse a partir del día hábil siguiente a la fecha límite para la presentación de las proposiciones (resoluciones 21/2011, de 9 de febrero, 210/2012, de 26 de septiembre, 117/2013, de 14 de marzo, entre otras muchas).

El plazo para la presentación de las ofertas finaliza el día 4 de septiembre de 2013. El recurso se presentó el día 24 de junio de 2013. En consecuencia, el recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido para ello en el artículo 44.2 del texto refundido LCSP.

Quinto. Sobre el fondo del asunto, la recurrente solicita la anulación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como consecuencia de la inclusión, de la “renuncia a la revisión de precios” por los licitadores como criterio para la evaluación de las ofertas, en las cláusulas 15, 20 y 26, así como en el apartado IV.2 del cuadro de características.

Como fundamento de su pretensión, la recurrente argumenta, en primer lugar, que la inclusión de esta previsión “deja sin sentido alguno las previsiones del propio pliego respecto de las bajas temerarias”.

A las ofertas con valores anormales o desproporcionados se refiere la cláusula 14 del PCAP. En esta cláusula se contempla, para el cálculo de la baja media y baja de referencia (magnitudes de referencia para el cómputo de la presunción de anormalidad) exclusivamente la oferta económica formulada por el licitador. Por ello, el cómputo de esta presunción no se ve afectado por la eventual renuncia a la revisión de precios realizada por algún licitador. Sobre este extremo, en el mismo sentido, se ha manifestado este tribunal en recurso 297/2013, en el que se señala:

“Por otro lado, y en lo que se refiere a la supuesta incompatibilidad de dicha eventual renuncia con la previsión de la cláusula V.3 sobre las ofertas con valores anormales o desproporcionados, es de destacar que, como puede comprobarse con la simple lectura de tal cláusula, ésta descansa en la estricta comparación de las ofertas económicas realizadas por los licitadores, con abstracción de dicha eventual renuncia. Por tanto, la cláusula V.2.2.D) no distorsiona ni impide la debida aplicación de las fórmulas de la cláusula V.3, ni introduce heterogeneidad en los términos que son objeto de comparación a su amparo.”

En consecuencia, este argumento no puede ser estimado.

Sexto. El segundo motivo que argumenta la recurrente sobre la improcedencia de utilizar la renuncia a la revisión de precios como criterio para la evaluación de las ofertas consiste en la necesidad de resolución motivada para poder proceder a ello.

Este argumento tampoco puede ser estimado. En efecto, el artículo 89.2 TRLCSP prevé la posibilidad de que el órgano de contratación excluya la procedencia de la revisión de precios, lo cual deberá figurar en el PCAP y será necesario que se dicte resolución motivada acordándolo que se incorporará al expediente.

Ahora bien, el referido artículo 89.2 TRLCSP hace referencia a la exclusión de la revisión de precios como elemento integrante del PCAP, es decir, como elemento integrante de la oferta formulada por el órgano de contratación en el momento de abrir la licitación y que,

necesariamente, ha de ser aceptada por los licitadores que concurran a aquélla. Sin embargo, el PCAP incorpora una cláusula 26 relativa a la revisión de precios. De este modo, si resultare adjudicatario un licitador que no hubiera renunciado a la revisión de precios, el ente contratante vendría obligado a proceder a la revisión de los mismos conforme a lo establecido en la cláusula 26 del propio PCAP. En consecuencia, no se ha excluido la revisión de precios en el PCAP, de forma que no resulta pertinente la resolución motivada a que se refiere el artículo 89.2 TRLCSP.

Séptimo. En tercer lugar, la recurrente se refiere a la ilegalidad de la utilización de la renuncia a la revisión de precios como criterio de valoración de las ofertas, debido al carácter irrenunciable de la revisión de precios.

Sobre este extremo, en relación con un supuesto sustancialmente análogo (si bien, que sometido a la regulación contenida en la ley 31/1007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales), este Tribunal manifestó en la resolución 219/2013:

“Por otro lado, no cabe obviar que la aplicación de la voluntaria renuncia a la revisión de precios como uno de los criterios de valoración de las ofertas encuentra amparo en la previsión del artículo 61 LCSE, en el que, bajo la rúbrica "criterios de valoración de las ofertas" y, tras afirmar que, "para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato", se enumera a título enunciativo como uno de ellos (con empleo de la expresión "tales como") a "la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio", expresión que, a todas luces, debe tenerse por alusiva a la revisión de precios.

En este sentido, es obligado traer a colación (pues, no obstante, contraerse al artículo 87 de la pretérita Ley 13/1995, de 18 de mayo, sus consideraciones conservan plena validez) lo afirmado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su dictamen 45/1996, de 22 de julio, en la que se dice, abundando en el carácter enunciativo de la enumeración legal de criterios de adjudicación:

‘En cuanto al tercer extremo consultado -si entre los criterios objetivos para la adjudicación del concurso que enumera el artículo 87 de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas puede incluirse el índice o sistema de revisión y no exclusivamente la fórmula- todas las dificultades que puedan plantearse deben desaparecer si se tiene en cuenta que el citado artículo 87, aparte de la exigencia de que los criterios de adjudicación del concurso sean objetivos se limita a realizar una enumeración ejemplificativa o no exhaustiva al encabezar esta enumeración, en la que figura la fórmula de revisión, con la expresión "tales como", por lo que debe concluirse que, por concurrir el mismo carácter de objetividad, entre los criterios de adjudicación del concurso, pueden figurar no sólo la fórmula de revisión, sino también el índice o sistema de revisión'.

Admitida así, como puede verse, la posibilidad de que tanto la fórmula como el propio sistema de revisión de precios puedan ser empleados como criterios de adjudicación del contrato, ello avalaría la opción elegida en el pliego examinado, en el que lo valorado es la propia renuncia en sí a la aplicación del sistema y fórmula de revisión previstos en la cláusula 26, así como en el punto IV.2 del cuadro de características anejo, del pliego impugnado."

El razonamiento es plenamente válido para el caso de los contratos regidos por el TRLCSP, habida cuenta de que el artículo 150 TRLCSP incorpora una redacción sustancialmente idéntica e incluye, a los efectos que aquí interesan, la posibilidad de incluir entre los criterios de valoración *"la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o la prestación del servicio"*.

Octavo. Señala la recurrente, a continuación, que la inclusión de tal criterio de valoración es constitutivo de fraude de ley y desviación de poder.

Sobre la posibilidad de que tal inclusión incurra en fraude de ley, ha de señalarse que, no existiendo norma infringida (una vez descartada la aplicación del artículo 89.2 TRLCSP), la invocación del fraude de Ley deviene inatendible, pues aquélla es premisa inexcusable de tal instituto.

En cuanto a la desviación de poder, no se aprecia que las cláusulas impugnadas persigan una finalidad espuria o ajena a la procura de la oferta económicamente más ventajosa, a la que ha de encaminarse el procedimiento de adjudicación, tal y como prescribe el artículo 151 TRLCSP. La eventualidad, a que la actora alude, de que los

licitadores puedan acogerse, para optimizar su puntuación, a la renuncia a la revisión de precios, compensando, de este modo, dicha renuncia con una eventual elevación de lo que sería su oferta económica natural, no pasa de ser una mera conjetura y, en todo caso, no fundamentaría el alegato de desviación de poder opuesto. En efecto, el eventual ejercicio de economías de opción por los licitadores, incluso si llegase a neutralizar los fines perseguidos por la Administración, no comporta, en modo alguno, que la actuación administrativa haya perseguido una finalidad contraria o distinta a la prevista por el ordenamiento jurídico, tal y como es consustancial al indicado concepto, según es definido en el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Noveno. Por último, la recurrente hace referencia a una eventual infracción de la normativa de competencia.

Sin embargo, la recurrente no concreta qué infracción se está produciendo, ni precisa los hechos que pueden ser constitutivos de tales infracciones, sino que se limita a afirmar que sólo las empresas que tengan mayor capacidad financiera van a poder permitirse la renuncia a la revisión de precios.

Esta última cuestión podría indicar que la recurrente pretende referirse a un eventual abuso de posición dominante. Ahora bien, la mayor capacidad económica no constituye por sí sola una infracción de las normas de competencia. Lo que la ley castiga es el abuso de posición dominante, no la mera existencia de una posición dominante. Habida cuenta de que no resulta acreditado que exista una posición dominante y que no se precisan hechos concretos que pudieran ser constitutivos de infracción en materia de defensa de la competencia, no resulta posible entrar a analizar la concurrencia de tal infracción.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P.C.F.A., en nombre y representación de la CONFEDERACION NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra el Pliego

de condiciones particulares para la adjudicación del contrato de OBRAS DE EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN PARA LA CONEXIÓN ENTRE VALENCIA-SANT ISIDRE Y VALENCIA-LA FONT DE SANT LLUIS. VÍA Y ELECTRIFICACIÓN”, con número de expediente 3.13/27507.0065, convocado por la Entidad Pública Empresarial “Administrador de Infraestructuras Ferroviarias” (ADIF).

Segundo. Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en resolución de 3 de junio último, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

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 de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.