



**Recurso nº 642/2017**

**Resolución nº 763/2017**

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

En Madrid, a 8 de septiembre de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por D.P.C.F.A. en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (en adelante CNC), contra los pliegos que han de regir el procedimiento para la contratación de la ejecución de las obras del *“Proyecto de modernización del regadío de la comunidad de regantes Molinar del Flumen.TT.MM. de Sangtarrén, Bargués, Torres de Barbués y Almuniente (Huesca). Fase II”* convocado por la Sociedad Mercantil Estatal de Infraestructuras Agrarias, S.A. (en adelante SEIASA o el órgano de contratación), el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Con fecha 10 de junio de 2017 se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación del procedimiento para la contratación de la ejecución de las obras del *“Proyecto de modernización del regadío de la comunidad de regantes Molinar del Flumen.TT.MM. de Sangtarrén, Bargués, Torres de Barbués y Almuniente (Huesca). Fase II”*. El 9 de junio de 2017 se había publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

**Segundo.** El plazo de presentación de ofertas finaliza, según los anuncios, el día 31 de julio de 2017 sin que a fecha de remisión del expediente al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se hayan presentado licitadores, según el certificado



expedido por el Director General de la Sociedad Mercantil Estatal de Infraestructuras Agrarias, S.A.

**Tercero.** Con fecha de entrada en el registro de SEIASA, de 27 de junio de 2017 se anuncia por parte de D.P.C.F.A. en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), la interposición del recurso especial en materia de contratación, recurso que tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el 28 de junio del año en curso.

**Cuarto.** En el escrito de interposición del recurso no se solicita la adopción de medida provisional alguna.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la competencia para resolver este recurso especial en materia de contratación.

**Segundo.** El recurso se interpone contra los pliegos de un procedimiento abierto para la contratación de una obra cuyo presupuesto de licitación supera los veintitrés millones de euros, siendo por tanto un contrato sujeto a regulación armonizada, por lo que al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) estamos ante un documento de un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación.

**Tercero.** En cuanto a la legitimación del recurrente, el artículo 42 del TRLCSP establece que: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. A este respecto se debe concluir afirmando la legitimación del recurrente como se ha puesto de manifiesto en resoluciones de este Tribunal, entre ellas, las 29/2011, 248/2012 y, muy particularmente, por referirse a esta misma recurrente, en la 219/2013, en la que se



establece que *“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 (verbigracia, la 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.

Se cumple además el requisito de la representación por parte de D.P.C.F.A. que actúa en su calidad de Secretario General de la Confederación, presentando documento que acredita poder bastante para ello.

**Cuarto.** En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación debe indicarse que el recurrente lo interpuso el 28 de junio de 2017, según consta como registro de entrada en el propio recurso. Siendo que la impugnación se refiere a los pliegos que han de regir la contratación es de aplicación el artículo 44.2. a) del TRLCSP:

*“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”*

Por su parte, el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo



Central de Recursos Contractuales (RTACRC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (BOE de 25 de septiembre), se refiere específicamente al plazo de interposición de recurso contra el anuncio de licitación y contra el contenido de los pliegos, en los términos siguientes:

*“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio.*

*2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido...”*

En este supuesto, se impugnan los pliegos de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 142.2 del TRLCSP, la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea es preceptiva. Además en dicho anuncio se ponen a disposición de los licitadores los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación.

Como se indicó en el antecedente primero, la publicación del anuncio en el DOUE fue de fecha 10 de junio de 2017, por lo que el plazo de 15 días hábiles debe contarse desde el 12 de junio dado que el día siguiente a la fecha de publicación indicada, 11 de junio de 2017, fue un día inhábil. Pues bien desde ese día hasta la interposición del recurso especial en materia de contratación, 28 de junio de 2017, no ha transcurrido el plazo de quince días hábiles para la interposición.

**Quinto.** El recurrente constriñe su recurso a la pretendida nulidad de las cláusulas del pliego que regulan las garantías exigibles a los licitadores y, en su caso, al propuesto adjudicatario, es decir la garantía provisional y la definitiva. Así entiende que el pliego establece una garantía provisional del 3% del Presupuesto Base de Licitación, así como



la correspondiente garantía definitiva. El problema está en que, en contra de lo establecido en el TRLCSP y en el Reglamento General de Contratación, limita, en perjuicio de las empresas licitadoras, la forma en que la garantía puede ser prestada, permitiendo solamente el aval bancario.

Por su parte el órgano de contratación entiende que conforme al artículo 96 del TRLCSP, las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas y que establezcan en el pliego la obligación de prestar garantía provisional o definitiva estén en todo caso obligadas a admitir exclusivamente alguna de las formas de garantía previstas en el artículo 96 del TRLCSP. Y es que cuando el legislador ha utilizado el término “alguna” en lugar de cualquiera es porque ha querido reconocer a las entidades del sector público la posibilidad de delimitar en el correspondiente pliego qué clases de garantía va a admitir en una concreta licitación.

**Sexto.** La cuestión por tanto queda reducida a una mera interpretación jurídica: si la determinación en el pliego de la forma de garantía es una facultad del órgano de contratación que puede establecer una, alguna o todas las que prevé expresamente el artículo 96 del TRLCSP o, por el contrario, las formas de garantía previstas en el precepto indicado y desarrolladas reglamentariamente en cuanto a sus concretos requisitos implican el derecho de cualquier licitador a constituir libremente cualesquiera de ellas en la forma indicada. Vaya por delante que conforme se establece en la Resolución de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 666/2014, los órganos de contratación no pueden en los pliegos requerir mayores requisitos ni menores a lo establecido en esta materia, en el TRLCSP y en el Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Así son significativas las siguientes consideraciones de la resolución, refiriéndose a las garantías de contratos de poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas y por tanto interpretando en este caso el artículo 104.3 del TRLCSP: *“Del anterior artículo se deduce que los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, tienen, efectivamente, un mayor margen de discrecionalidad a la hora de establecer las garantías exigibles en los pliegos de contratación. Ahora bien, dicho margen de discrecionalidad se refiere a la propia exigencia de la garantía, así como al*



*importe y el régimen de devolución o cancelación, pero no en relación a la forma en que deben prestarse las garantías que en su caso se exijan, pues el propio artículo 104 establece que las mismas podrán prestarse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 96. Ello significa, a juicio de este Tribunal, que la forma de la garantía exigida por los poderes adjudicadores debe ser, necesariamente, alguna de las aceptadas en dicho artículo, no pudiendo en los pliegos establecerse exigencias o condiciones diferentes de las allí establecidas”.*

A efectos de resolver la cuestión planteada, esto es si los órganos de contratación pueden o no en los pliegos de cláusulas administrativas acordar, como en el pliego objeto de impugnación, qué forma de las recogidas en el citado artículo 96 del TRLCSP pueden utilizar los licitadores, debemos acudir a los criterios de interpretación de las normas jurídicas que establece el artículo 2.1 del Código Civil: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.*

**Séptimo.** Pues bien si atendemos al criterio literal de interpretación, esto es al sentido de las palabras, debe observarse que cuando el TRLCSP se refiere a las formas de constitución de las garantías, ya sean provisional o definitiva, utiliza siempre forma verbales dirigidas a los licitadores o, en su caso, a los propuestos como adjudicatarios y no al órgano de contratación.

Así ocurre en el apartado 1 del artículo 96 cuando se refiere por regla general a las garantías admitidas, en el que se establece que: *“1. Las garantías exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas podrán prestarse en alguna de las siguientes formas:.....”.*

En el artículo 103 del TRLCSP dedicado a la regulación de la garantía provisional que puede el órgano de contratación exigir, al referirse a las formas de garantías admitidas, el apartado tercero establece: *“3. Cuando se exijan garantías provisionales éstas se depositarán, en las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, en la siguiente forma:.....”.*



Por último y en cuanto se refiere al régimen de las garantías a prestar en otros contratos del sector público que no sean Administraciones Públicas, el artículo 104 del TRLCSP al indicar las formas de garantías admisibles utiliza idéntica expresión que el artículo 96 de la citada disposición legal: *“podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 96”*.

Lógicamente todos estos verbos utilizados tienen como sujeto a la persona que debe realizar la acción y que no es otra, tanto en la garantía provisional como en la definitiva que los licitadores.

Con ello podemos concluir que de una mera interpretación literal parece deducirse que la ley permite a los licitadores elegir cualesquiera de las formas de constitución de garantías que el TRLCSP determina y que constituyen eso sí un número clausus, debiendo cumplimentar para cada una de las modalidades los requisitos que expresamente se determinan.

Pero es que además desde un punto de vista sistemático (hay que tener en cuenta el contexto según el artículo 2.1 del Código Civil), atendiendo a las distintas normas o preceptos que en materia de garantías se han citado y a los preceptos reglamentarios que desarrollan esta materia, se llega a la misma conclusión.

Y es que tanto el TRLCSP o el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuando en esta materia se refieren a facultades que competen al órgano de contratación y que debe acordar y hacer constar en los pliegos que rigen una licitación lo hacen expresamente.

Sin pretender un análisis exhaustivo, el propio artículo 96 del TRLCSP permite que en determinados contratos pueda constituirse otra forma de garantía que debe establecerse expresamente en los pliegos, como es la retención de precio. De la misma forma, si el pliego lo prevé expresamente la acreditación de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos.



Lo mismo cabe decir del régimen de las garantías provisionales cuya constitución y su importe dentro de los límites establecidos en el artículo 103 del TRLCSP corresponden al órgano de contratación y deben figurar expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas.

Por último y en lo que se refiere al artículo 104 del TRLCSP se concede en relación con los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, libertad para poder exigir o no la garantía, tanto la que debe responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación, como las que aseguren la correcta ejecución de la prestación. Igualmente se les confiere la facultad de determinar su importe, así como el régimen de cancelación o devolución.

No podemos olvidar que abogan también por la tesis analizada, las disposiciones que en relación con las garantías se contiene en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuyos artículos 55 y siguientes que establece las diferentes clases de garantías por razón de su objeto, recogiendo de forma pormenorizada las características que deben tener las garantías constituidas en valores, mediante aval o mediante contrato de seguro de caución, así como donde debe efectuarse su constitución.

**Octavo.** Dado que el espíritu y finalidad de la norma se convierte por mor del precepto indicado del Código Civil, en el criterio interpretativo al que hay que dar prioridad, se procede a continuación al estudio teleológico del sistema de garantías establecido en el TRLCSP. Sistema de garantías plenamente consolidado en la actualidad y que tiene su origen en las primeras normas sobre contratos públicos en las que se comenzó exigiendo fianzas a los empresarios que concurrían a las licitaciones y a los que finalmente contrataban con la Administración. Régimen de garantías que persiguiendo el fin de interés general de asegurarse de la seriedad de las ofertas y principalmente de la buena ejecución del contrato establece una serie de requisitos que en alguna de las modalidades permitidas, en las que realmente es un tercero el garante del licitador o contratista (aval y seguro de caución) puede decirse que son exorbitantes respecto del régimen común o de derecho de civil como es la exclusión del beneficio de excusión, en



aras a garantizar un resarcimiento inmediato de la Administración en caso de incumplimiento de las obligaciones aseguradas con la garantía.

Y este fin o interés perseguido no se ve limitado ni contravenido aceptando que todas las modalidades que establece el TRLCSP, cada una con sus requisitos y características mínimos, son suficientes para conseguirlo, de tal suerte que es el licitador el que pueda elegir de entre ellas la que le resulte más adecuada a sus intereses, promoviendo la Ley de esta forma, la concurrencia en el procedimiento de adjudicación.

**Noveno.** La conclusión a la que se llega es que el órgano de contratación no puede por medio del pliego de cláusulas administrativas limitar o elegir entre las garantías establecidas en el artículo 96 del TRLCSP, alguna de ellas, siendo que la Ley es la que permite al licitador constituir la exigida en los pliegos, en cualquiera de las formas recogidas en ese precepto, eso sí con las características igualmente establecidas para cada modalidad. Por tanto y en la medida que por medio del pliego e condiciones, el órgano de contratación se arroga una competencia que no le corresponde y que puede restringir la competencia se llega a la conclusión que las cláusulas del pliego que así lo establezcan son nulas.

Dos cuestiones por ultimo conviene examinar: por una parte la aplicación a SEIASA de estas mismas conclusiones en la medida que le es de aplicación directa (como por otra parte reconoce en su informe) el artículo 104 del TRLCSP.

Como ya se ha puesto de manifiesto el artículo 104 del TRLCSP establece: *“1. En los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.*



*“2. El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 96, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato.”*

Por tanto dado que SEIASA es conforme al artículo 3 del TRLCSP, un ente, organismo, entidad del sector público y en concreto una sociedad mercantil en cuyo capital social participa mayoritariamente la Administración General del Estado, le es plenamente aplicable el precepto que, como ya se ha examinado en fundamentos jurídicos anteriores, no permite a los órganos de contratación de los sujetos a los que se refiere el precepto, limitar las modalidades de garantía establecidas en el artículo 96 del TRLCSP.

Como consecuencia de todo ello y dado que los pliegos de condiciones particulares objeto de impugnación solo permiten como modalidad de garantía provisional y definitiva la constitución de aval bancario se llega a la conclusión que las cláusulas del mismo que así lo hacen son nulas de pleno derecho, estimando por tanto el recurso presentado.

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D.P.C.F.A. en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, contra los pliegos que han de regir el procedimiento para la contratación de la ejecución de las obras del *“Proyecto de modernización del regadío de la comunidad de regantes Molinar del Flumen.TT.MM. de Sangtarrén, Bargués, Torres de Barbués y Almuniente (Huesca). Fase II”* convocado por SEIASA y, en consecuencia, anular la cláusula 5.4.2 y el anexo II del pliego de condiciones particulares.



**Segundo.** 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.