



Recurso nº 263/2023

Resolución nº 405/2023

Sección 1ª

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

En Madrid a 30 de marzo de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.S.L., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento de licitación para la *“Ejecución de las obras correspondientes al proyecto de mantenimiento y refuerzo del puente metálico: río Guadiana, p.k. 001/266, línea Mérida - Los Rosales”*, expediente 3.22/27507.0270, convocado por ADIF, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Consejo de Administración de ADIF convoca licitación pública, por el procedimiento abierto ordinario, y aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que ha de regir para el contrato de *“Ejecución de las obras correspondientes al proyecto de mantenimiento y refuerzo del puente metálico: río Guadiana, p.k. 001/266, línea Mérida - Los Rosales”*, con expediente 3.22/27507.0270.

El valor estimado del contrato es 8.252.840,47 euros, IVA excluido. Fue objeto de publicación en la PLACE y en el DOUE el 10 de febrero de 2023.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



Tercero. El PCAP determina, en su cláusulas 26, sobre régimen de pagos, 31 sobre modificación del contrato y 37 sobre plazo de garantía, lo siguiente:

“Cláusula 26. Régimen de Pagos.

Será de aplicación lo dispuesto en los artículos 198 y 199 de la LCSP y concordantes del RGLCAP.

Al tratarse de un contrato de obras definidas en base al sistema de unidades y precios unitarios, el contratista tendrá derecho al cobro de la obra realmente ejecutada, en los términos establecidos en el presente Pliego, en el Pliego de Prescripciones Técnicas/Proyecto, la LCSP y el RGLCAP, así como en las demás disposiciones legales que sean de aplicación. El pago se efectuará tomando como base la relación valorada redactada por el Responsable del contrato/Director de la Obra.

A los efectos previstos en el artículo 242.2 de la LCSP, el contratista acepta que son unidades de obra cuyas características no difieren de las fijadas en el proyecto aquellas que puedan formarse en su totalidad con los precios descompuestos o costes elementales de otras unidades de obra del propio proyecto.

El adjudicatario tiene derecho al abono de los trabajos que realmente ejecute con arreglo al precio convenido y con sujeción al contrato otorgado.

El importe de las obras ejecutadas se acreditará mensualmente, para lo cual ADIF, a través del Director de la obra, aprobará CERTIFICACIONES mensuales que comprenderán la obra realmente ejecutada durante dicho período de tiempo.

El contratista podrá desarrollar los trabajos con mayor celeridad que la necesaria para ejecutar el contrato en el plazo o plazos contractuales, salvo que, a juicio del Responsable del Contrato/Director de Obra, existiesen razones para estimarlo inconveniente. Sin embargo, no tendrá derecho a percibir en cada año, cualquiera que sea el importe de lo ejecutado o de las certificaciones expedidas, mayor cantidad que la consignada en la



anualidad correspondiente. Las certificaciones así expedidas sólo devengarán intereses por demora desde la fecha señalada en el artículo 152 del RGLCAP.

El contratista tendrá la obligación de presentar la factura que haya expedido por las prestaciones realizadas, en la forma prevista en el Apartado IV.8 del Cuadro de Características.

Cláusula 31. Modificación del contrato.

Para la posibilidad de que el presente contrato pueda ser modificado, se estará a lo dispuesto en el apartado IV.6.1., de Cuadro de Características, en aplicación de lo establecido por el art. 203 de la LCSP.

En caso de que el citado apartado así lo indique, el presente contrato será susceptible de modificación. Así, una vez perfeccionado el contrato, ADIF podrá introducir modificaciones en el mismo en los casos y en la forma, previstos a continuación, justificando debidamente su necesidad en el expediente.

El contratista acepta que los precios nuevos finales a pagar por la Entidad, que se generen en el expediente de modificación, serán como máximo los recogidos en la Base de precios de ADIF y ADIF-Alta Velocidad, según la versión publicada en la página web de ADIF/ADIF Alta Velocidad en el momento en que concluya el plazo de presentación de ofertas, siempre que existan.

Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la LCSP.

Cláusula 37. Plazo de garantía.

El plazo de garantía será el señalado en el apartado V.1 del Cuadro de características de este pliego, y comenzará a partir de la fecha de la recepción, ya sea parcial o total.

Durante el plazo de garantía se aplicará lo establecido en el artículo 167 del RGLCAP en cuanto a las obligaciones del contratista, así como en lo relativo a la facultad de ADIF de,



en caso de incumplimiento, ejecutar a costa de aquél los trabajos necesarios para la conservación de la obra.

Todos los gastos que se ocasionen por la conservación de las obras durante el periodo de garantía serán de cuenta del contratista no teniendo derecho a ninguna indemnización por este concepto. Se exceptúan los daños ocasionados en la obra por fuerza mayor, que serán soportados por ADIF, si bien la Entidad tendrá la facultad de exigir al contratista que realice las obras de reparación.

Además, se podrán imponer contra la garantía definitiva, las penalidades que correspondan.

No obstante lo anterior, el contratista será responsable de si la obra se arruina o sufre deterioros graves incompatibles con su función con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, siempre y cuando se deba al incumplimiento del contrato por parte del contratista. Éste responderá de los daños y perjuicios que se produzcan o se manifiesten durante un plazo de quince años a contar desde la recepción (art. 244 de la LCSP)”.

Cuarto. La recurrente impugna, en fecha 1 de marzo de 2023, los pliegos e interesa su anulación, así como la retroacción del expediente al momento de elaboración de los mismos.

Tal pretensión se fundamenta en dos argumentos:

i.- la nulidad de las cláusulas 26 y 31 del PCAP, en la medida en que establecen que “los precios en el modificado “serán como máximo los recogidos en la Base de precios de ADIF y ADIF-Alta Velocidad” y que “El contratista acepta que los precios nuevos finales a pagar por la Entidad, que se generen en el expediente de modificación, serán como máximo los recogidos en la Base de precios”.

Considera la recurrente que estas disposiciones implican una “eliminación de garantías y tramites en el expediente de modificación del contrato de obras del sector público” que conlleva la “ausencia de contradicción en los precios del modificado”, de manera que se vulnera lo previsto en los Arts. 191 y 242.2 y 4 de la LCSP y lo establecido en los Arts. 97 y



162 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

ii.- la nulidad de la cláusula 37 del PCAP, en cuanto que extiende y amplía las causas legalmente previstas por las que debe de responder la garantía definitiva, en la medida en que se incluye entre las mismas los gastos de conservación durante el período de garantía y la posibilidad de ejecutarlos a su costa.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe.

En el meritado informe, el órgano de contratación manifiesta su *“absoluta disconformidad sobre la libre interpretación que hace la recurrente del contenido de las cláusulas 26 y 31 del pliego”*. Sostiene que en ningún caso se ha eliminado la audiencia al contratista y que la inclusión de una mención a la base de precios de ADIF como marco de referencia para fijar precios no implica la supresión de ese trámite, ni que se vayan a fijar los mismos por la citada entidad pública empresarial, de manera unilateral. Cita ADIF, en apoyo de sus argumentos, informes de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Transportes, así como resoluciones de este Tribunal.

Sobre la ampliación de las garantías a conceptos que la ley no prevé, señala ADIF que la recurrente *“confunde las responsabilidades a las que está adscrita la garantía -definidas en el art. 110 de la LCSP- con las obligaciones del contratista durante el plazo de garantía, que se encuentran en el art. 167 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.

Lo que los pliegos prevén, señala ADIF, no es que los trabajos de conservación se vayan a hacer con cargo a la garantía, sino que el contratista tiene la obligación de realizar dichos trabajos de conservación durante el plazo de garantía. De esta manera, se limita el pliego a reproducir el contenido del Art. 167 del RD 1098/2001.

El órgano de contratación solicita, por tanto, la desestimación del recurso especial.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el art. 47.4 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de obras, cuyo valor estimado es 8.252.840,47 euros, IVA excluido, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, en este caso son los pliegos de la licitación, susceptibles de impugnación conforme al artículo 44.2.a) de dicha norma legal.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 de la LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que, en el caso aquí analizado, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo.

Cuarto. La legitimación se regula en el Art. 48 del TRLCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto de recurso”*.



Y que en todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

Conforme a sus Estatutos, la CNC tiene entre sus fines la actuación ante los poderes públicos en situaciones que puedan afectar al sector de la construcción.

Quinto. Pasando a examinar las cuestiones de fondo, y según lo expuesto, son dos las que plantea el recurrente, como se ha expuesto, las cuales serán analizadas de manera separada.

En cuanto a la primera de ellas, coincide este Tribunal con el órgano de contratación en el hecho de que las cláusulas 26 y 31 del PCAP no implican, en modo alguno, la supresión del trámite de audiencia en caso de una eventual tramitación de una modificación de precios del contrato.

Por ello, si fuera necesario fijar nuevos precios a nuevas unidades de obra, se levantará un acta de precios, donde el contratista podrá manifestar su conformidad, firmando la misma junto con el Director Facultativo, de lo que se deduce que el trámite de audiencia es respetado. Lo anterior es perfectamente compatible con el hecho de que los precios máximos que puedan fijarse sean, como tope, los recogidos en la Base de precios de ADIF y ADIF-AV.

El empleo de esta base en la fijación de precios contradictorios en contratos de obras es habitual.

Sobre esta misma cuestión se pronunció este Tribunal con ocasión de la impugnación, por la ahora recurrente, de unos pliegos licitados por ADIF, en la Resolución 887/2021 de 15 de julio, donde dijimos que:

“La recurrente sostiene la ilegalidad de dicha cláusula, argumentando la nulidad del procedimiento, en particular, la falta de audiencia. Pues bien, de su lectura no se puede inferir que el propósito de la misma sea la introducción y fijación de nuevos precios en un expediente de modificación del contrato de obras del sector público sin contradicción ni audiencia pública del contratista.

En ningún momento, la inclusión de una mención a la Base de Precios de ADIF y ADIF-AV como marco de referencia para ADIF-AV a la hora de fijar precios contradictorios, supone la ausencia del trámite de audiencia al contratista. Nada de lo indicado en la citada cláusula, y mucho menos las citadas menciones a la Base de Precios, puede llevar a interpretar que, en el supuesto de tener que tramitarse un expediente de modificación los precios de las unidades nuevas sean fijados por la Entidad (Adif o Adif-Alta Velocidad) a la vista de la propuesta del Director Facultativo sin llevar a cabo el preceptivo trámite de audiencia al contratista.

Y es que, además, examinado el contenido de la cláusula impugnada, este Tribunal considera que dicha cláusula tampoco resulta contraria a los artículos 205 a 207 y 242 de la LCSP, a los cuales se refiere, y ello en la medida en que, resulta posible que el órgano de contratación determine un máximo para los precios que se generen en el expediente de modificación, respetando en todo caso la tramitación de un expediente contradictorio- en el que se dé audiencia al contratista-.

A mayor abundamiento, dada la interpretación conjunta de las cláusulas del Pliego, es indispensable tener en cuenta el Cuadro de características del Contrato, cuyo apartado IV.6 aborda la cuestión, nuevamente con remisión a los preceptos legales que regulan la modificación del contrato y, entre ellos, el procedimiento. Atendido todo lo anterior, la cláusula impugnada no elude ni incumple el procedimiento a seguir para la modificación del contrato; tampoco “obliga al contratista a aceptar” ningún precio.

No obliga al contratista, porque este es libre de licitar o no en las condiciones propuestas por la Administración (entre ellas el precio) y además de decidir, si se modificara el contrato, previa la tramitación del correspondiente expediente contradictorio, no ejecutar las unidades de obra nuevas por el precio que la Administración le propone. Ítem más, la cláusula ni siquiera llega a predeterminar la aplicación de unos precios concretos sino a que los que figuren en la citada Base, sean considerados como máximos, siempre que existan.

Así las cosas, la inclusión de cláusula es conforme al principio de libertad de pactos, pues no sólo es acorde al ordenamiento jurídico y al interés público, sino que responde



a los principios de buena administración, en concreto, el de transparencia, al permitir que los licitadores sepan a qué atenerse, en caso de modificación de contrato.

Partiendo de estas consideraciones, procede la desestimación del recurso especial que estamos examinando en la medida en que no se advierte ninguna irregularidad en la cláusula 31 del PCAP objeto de impugnación.”

En definitiva, ni las cláusulas impugnadas ni la consideración de la Base de Precios, contemplan que, en el caso de ser preciso un expediente de modificación de precios de nuevas unidades de obra, deba determinarse el nuevo precio sin audiencia al contratista.

Sexto. Desestimado el motivo anterior, procede ahora pronunciarse sobre la alegación de la recurrente de extensión de la garantía definitiva a conceptos legalmente no contemplados, como los gastos de conservación durante el período de garantía y la posibilidad de ejecutarlos a su costa, por mor de la cláusula 37 del PCAP, cuya nulidad se solicita.

De la lectura de la cláusula 37 PCAP no se extrae la interpretación que sostiene la recurrente, pues dicha estipulación sólo prevé que el contratista tenga la obligación de realizar los trabajos de conservación durante el plazo de garantía. Y esta previsión es la que se fija en el Art. 167 del RD 1098/2001, el cual dispone que:

“Artículo 167. Obligaciones del contratista durante el plazo de garantía.

1. Durante el plazo de garantía cuidará el contratista en todo caso de la conservación y policía de las obras con arreglo a lo previsto en los pliegos y a las instrucciones que diere el director de la obra.

2. Si descuidase la conservación y diere lugar a que peligre la obra se ejecutarán por la Administración y a costa del contratista los trabajos necesarios para evitar el daño”.

De manera que el PCAP, en este punto, se limita a reproducir lo dispuesto en la normativa recogida en el RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que no se considera que se oponga a la LCSP. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.



Por lo tanto, debemos confirmar que los pliegos son conformes a derecho y que el presente recurso ha de ser desestimado.

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. M.S.L., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento de licitación para la *“Ejecución de las obras correspondientes al proyecto de mantenimiento y refuerzo del puente metálico: río Guadiana, p.k. 001/266, línea Mérida - Los Rosales”*, expediente 3.22/27507.0270, convocado por ADIF.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 al de 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES