



Expte. 13/2014

ACUERDO 21/2014, de 14 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública presentada por don F.J.L.F., en representación de la Asociación Navarra de Empresas de Construcción de Obras Públicas de Navarra, frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de la obra “Depósito y bombeo de Peñaguda en Estella”.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de marzo de 2014 la Mancomunidad de Montejurra publicó en el Portal de Contratación de Navarra, el anuncio de licitación del contrato de la obra “*Depósito y bombeo de Peñaguda en Estella*”.

SEGUNDO.- El día 26 de marzo de 2014 la Asociación Navarra de Empresas de Construcción de Obras Públicas de Navarra (en lo sucesivo ANECOP) interpuso reclamación en materia de contratación pública frente al Pliego de Cláusulas Administrativas (en adelante PCAP) del citado contrato por la que solicita al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra que declare contrario a Derecho el apartado 5.2.b) de la cláusula séptima de dicho Pliego y cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Se valorará el compromiso de formalización de garantía complementaria de obra, consistente en la extensión de la duración tanto del plazo de garantía de la obra, como del depósito correspondiente a la garantía definitiva. Dicha extensión deberá expresarse en años o meses, que se entenderán por encima de los tres años obligatorios. Hasta cinco años más, 5 puntos (1 punto por año).*”

TERCERO.- El mismo día 26 de marzo de 2014 la Mancomunidad de Montejurra presenta escrito en relación con la reclamación presentada por ANECOP, en el que señala que el mencionado criterio 5.2 del PCAP en su interpretación literal afirma claramente que se valorará el compromiso de ampliar el periodo de garantía y extender el depósito de la garantía definitiva. Según ella, ambas cosas van unidas.

CUARTO.- El día 31 de marzo de 2014 se dicta el Acuerdo 14/2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se admite a trámite la reclamación interpuesta y se solicita al órgano de contratación la aportación del expediente.

QUINTO.- El día 3 de abril de 2014 se recibe el expediente de contratación, junto con las alegaciones de la entidad reclamada en las que señala, en primer lugar, que el reclamante interpreta que la Mancomunidad pretende valorar la formalización de una garantía complementaria bien aumentando el plazo de garantía de la obra o bien incrementando el depósito de la garantía definitiva, mostrando su disconformidad con dicha interpretación ya que no se incurre en arbitrariedad puesto que la valoración que se realiza es objetiva y presenta una aplicación matemática *“Un punto por año de ampliación con el límite de cinco años”*.

Además, señala, tampoco sería arbitraria aunque la valoración del criterio estuviera expuesta a una interpretación subjetiva debidamente fundamentada, puesto que no resulta posible la sujeción a reglas matemáticas de buena parte de los criterios de valoración establecidos en el artículo 51 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP).

En segundo lugar, respecto a la oposición del reclamante al incremento del periodo de garantía por no considerarlo ajustado a derecho, alega que el artículo 51 de la LFCP establece una relación de criterios, no exhaustiva, vinculados al objeto del contrato y el objeto del contrato de obras se extiende no sólo a su ejecución, sino que la relación entre las partes se mantiene tras su finalización y entrega, ya que por mandato de la Ley sigue habiendo una responsabilidad del contratista y el derecho de la

Administración a reclamar la reparación de unidades mal ejecutadas, vicios ruinógenos o vicios ocultos. De donde se deduce que la ampliación del periodo de garantía y el depósito de la garantía definitiva tiene relación directa con el objeto del contrato y es un criterio adecuado al interés público que persigue el contrato, máxime en la actual coyuntura de inestabilidad e incertidumbre en la pervivencia de las empresas del sector de la construcción pública.

Además, señala que entre los criterios establecidos expresamente en el artículo 51 LFCP se cita “*el servicio posventa*” y, sin duda, el mantenimiento de la garantía definitiva y su extensión en el tiempo garantiza un mejor cumplimiento del servicio posventa prometido y el criterio establecido en el punto 5.2 objeto de la reclamación se encuentra incardinado en el PCAP en el criterio genérico de “Servicio post construcción”.

En tercer lugar, argumenta que no encuentran disposición normativa alguna en la legislación de contratación pública que prohíba la ampliación del periodo de garantía y del depósito constituido a este efecto en cualquiera de las formas que la ley prevé.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 14/2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, de 31 de marzo, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

SEGUNDO.- En cuanto al fondo del asunto, el reclamante centra sus pretensiones en la necesidad de proceder a la anulación del siguiente criterio de adjudicación:

*“Se valorará el compromiso de formalización de garantía complementaria de obra, consistente en la extensión de la duración tanto del plazo de garantía de la obra, como del depósito correspondiente a la garantía definitiva. Dicha extensión deberá*

*expresarse en años o meses, que se entenderán por encima de los tres años obligatorios. Hasta cinco años más, 5 puntos (1 punto por año).*

El reclamante afirma que si bien para la ampliación del plazo de garantía se define cómo se va a puntuar (1 punto por año) no se señala cómo va a puntuarse la ampliación de una garantía complementaria y además considera que no es posible valorar la aportación de garantía complementaria.

Reconociendo que quizás no se pretendiera puntuar la aportación de una garantía complementaria sino que ello sea una consecuencia de la aportación de un plazo superior de garantía, igualmente cuestiona esta posibilidad. Afirma que *“al puntuar el aumento de la garantía de obra, inversamente se está premiando al licitador que ejecute la obra defectuosamente o no la ejecute con la diligencia debida pues cuenta con un plazo mayor de garantía durante el cual podría subsanar los defectos acaecidos. En definitiva se está otorgando mayor puntuación a una circunstancia que sería exigible que nunca se produjera, pues lo exigible sería que no hubiera defectos en la obra durante los años posteriores a la misma y que no fuera necesario echar mano de las garantías complementarias o definitivas.”*

TERCERO.- Respecto de todo ello, procede estudiar la regulación de la garantía en la LFCP y tras ello verificar si es acorde a Derecho la ampliación del plazo de garantía de las obras.

El artículo 95 de la LFCP regula la “constitución de garantías para el cumplimiento de obligaciones”.

*“1. El pliego de cláusulas administrativas particulares podrá prever la constitución de garantías con carácter previo a la formalización del contrato, cuyo importe económico no podrá exceder del 4 por 100 del valor estimado del contrato.*

*En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas que, además de la garantía a que se refiere el párrafo anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato.*

*Dichas garantías quedarán afectas al cumplimiento de las obligaciones del contratista hasta el momento de la finalización del plazo de garantía y, en particular, al pago de las penalidades por demora así como a la reparación de los posibles daños y perjuicios ocasionados por el contratista durante la ejecución del contrato.*

*Las garantías podrán ser objeto de incautación en los casos de resolución por incumplimiento con culpa del contratista conforme a lo previsto en el artículo 125.3 .*

*2. Las garantías podrán constituirse de cualquiera de las siguientes formas:*

*a) En metálico.*

*b) Mediante aval a primer requerimiento prestado por alguno de los Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito y Sociedades de Garantía Recíproca autorizado para operar en España.*

*c) Por contrato de seguro de caución celebrado con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución.”*

Por su parte, el artículo 123 de la LFCP determina que en los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración quedará extinguida la responsabilidad del contratista. El plazo se fijará en el pliego de cláusulas administrativas particulares atendiendo a la naturaleza y complejidad del contrato, sin que en los contratos de obra comprendidos en el epígrafe “Construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil” del Anexo I el plazo pueda ser inferior a tres años y, en los demás contratos, sin que pueda exceder de un año, ambos plazos contados desde el acto formal de recepción.

El artículo 136 expone que el plazo de garantía comienza cuando se expide el acta de recepción a conformidad y describe la forma de proceder antes de la extinción de este periodo en los siguientes términos:

*“3. En los quince días anteriores a la expiración del plazo de garantía, el facultativo director de obra, de oficio o a solicitud del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si no se detectase incidencia alguna el contratista quedará relevado de sus obligaciones, salvo lo dispuesto para los casos de vicios ocultos.*

*Si en el informe se acreditasen deficiencias derivadas de la ejecución de la obra que no sean resultado de la utilización de las mismas, el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para su reparación, con expresión del plazo necesario, continuando vigente el plazo de garantía hasta su correcta subsanación.”*

De conformidad con todo ello la cláusula 11 del PCAP señala que, con carácter previo a la formalización del contrato, el contratista deberá aportar “*h) Resguardo de la Administración acreditativo de haber consignado a favor del mismo la garantía por importe equivalente al 4% del presupuesto de adjudicación (IVA excluido). La garantía señalada responderá de la buena ejecución del contrato y no será cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato.*”

Asimismo, la cláusula 19 del PCAP, en la misma línea que el artículo 136.3 de la LFCP determina que “*recibidas las obras se iniciará el plazo de garantía que será de tres años, o el que, mejorando el anterior, haya ofrecido el adjudicatario en su proposición. Durante este plazo, el Contratista responderá de cuantos desperfectos puedan advertirse en las obras de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y las instrucciones que reciba de la Dirección, cuidando siempre de que los trabajos necesarios no obstaculicen el uso público al que está destinada la obra. Si voluntariamente o a requerimiento de la Dirección de obra no reparase los desperfectos mencionados se hará por la Administración contratante, con cargo a la garantía constituida para el cumplimiento de obligaciones.*”

El precepto del pliego comienza a abordar la cuestión objeto de este recurso. Se trata de determinar si es posible ampliar el plazo de garantía legal establecido en la LFCP.

El artículo 51.1. b) de la LFCP recoge la necesidad de que, cuando el único criterio de adjudicación no sea el precio, se determine la oferta más ventajosa utilizando “*criterios vinculados al objeto del contrato.*”

En definitiva, siendo la competencia para determinar los criterios de adjudicación del órgano de contratación, este Tribunal puede pronunciarse sobre la adecuación a Derecho de los mismos, y en especial verificar que guardan relación con el objeto del contrato y cumplen con el resto de exigencias contenidas en la LFCP y de las resultantes de la aplicación de los principios rectores de la contratación pública.

La posibilidad de ampliación del plazo de garantía de las obras constituye un criterio ajustado a Derecho. Ello en tanto que está relacionado con el objeto del contrato, en concreto, con el plazo máximo sobre el que el contratista responderá de las deficiencias que pudieran darse desde la recepción de la obra hasta la finalización del plazo de garantía.

No es que se esté favoreciendo al ejecutor cuyas obras presenten mayores deficiencias. Por el contrario, es un criterio que pretende otorgar a la Administración mayor seguridad de que si se verifica una deficiencia que deba ser asumida por el ejecutor esté responderá en un plazo mayor al mínimo legalmente previsto.

El recurrente cita una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (130/2011) para aludir a la imposibilidad de uso de este criterio. Sin embargo, no resulta de aplicación la doctrina que se integra en la misma. Al contrario, puede verificarse como el mismo Tribunal no ha puesto reparos en admitir este criterio de adjudicación incluso en una resolución del mismo año (Resolución nº 230/2011, de 28 de septiembre de 2011). No es que, como en el caso abordado por ese Tribunal, se valore la existencia de un seguro de responsabilidad civil o de una cuantía de garantía para el cumplimiento de las obligaciones superior sino una extensión por más plazo del legalmente previsto.

Tampoco, a nuestro juicio, asiste la razón al reclamante en las consideraciones que realiza en torno a la garantía para el cumplimiento de las obligaciones (denominación adecuada de lo que el PCAP, empleando la terminología de la anterior legislación contractual, designa como garantía definitiva).

En el mismo sentido indicado en las alegaciones del órgano de contratación, y aun reconociendo que la dicción literal del pliego puede causar cierta confusión, se considera que la cláusula impugnada es acorde a Derecho. Lo pretendido claramente es que la garantía económica prestada coincida con el plazo de garantía. De otro modo, podría pensarse que la garantía se devolverá por la Administración transcurrido el plazo legal y no el plazo ofertado como ampliación por el contratista. Ello es lo que ha pretendido evitar el pliego de condiciones al detallar que la garantía económica se extienda hasta el plazo ofertado.

No se trata de prestar una nueva garantía como aduce el reclamante. Claramente se verifica que al emplearse el concepto “garantía” como plazo y como concepto económico la explicación ha podido generar en el recurrente cierta confusión que no conlleva, a nuestro entender, la conclusión de no adecuación a Derecho.

Y es que como relata el apartado 2 del artículo 95 de la LFCP, la garantía para el cumplimiento de las obligaciones queda afecta *“al cumplimiento de las obligaciones del contratista hasta el momento de la finalización del plazo de garantía.”*

Se considera, en definitiva, que la regulación no es contraria a las previsiones de la LFCP aunque ciertamente la pretendida aclaración se ha tornado en confusión. Confusión que también alcanza al modo de prestación de la garantía para el cumplimiento de las obligaciones, no pudiendo sólo constituirse en metálico sino también mediante aval, o contrato de seguro de caución.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:



1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública presentada por don F.J.L.F., en representación de la Asociación Navarra de Empresas de Construcción de Obras Públicas de Navarra, frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de la obra “Depósito y bombeo de Peñaguda en Estella” promovida por la Mancomunidad de Montejurra.

2º. Notificar el presente Acuerdo al reclamante, a la Mancomunidad de Montejurra y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 14 de abril de 2014. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital.