



Expte. 31/2014

ACUERDO 41/2014, de 2 de septiembre, 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.R., en representación de la Asociación Navarra de Empresas Contratistas de Obras Públicas (ANECOP), frente al pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato de obra para la “Conservación integral de las carreteras del Centro de Conservación de Mugairi, años 2015-2018”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4 de agosto de 2014, el Departamento de Fomento del Gobierno de Navarra publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de obra “Conservación integral de las carreteras del Centro de Conservación de Mugairi, años 2015-2018”.

SEGUNDO.- El día 11 de agosto de 2014 ANECOP presenta reclamación en materia de contratación pública frente al pliego de cláusulas administrativas particulares del citado contrato al considerar que las cláusulas 5 y 9.b.2, referidas a la revisión de precio, son nulas de pleno Derecho al suponer contravención de una norma legal imperativa, representar una ruptura del equilibrio económico del contrato así como potencialmente, un perjuicio al interés público en caso de que la revisión de precios hubiera de llevarse a cabo a la baja. Afirma igualmente que esta previsión del pliego puede representar desviación de poder y solicita como medida cautelar la suspensión del procedimiento de licitación.

TERCERO.- El día 14 de agosto de 2014 el Departamento de Fomento del Gobierno de Navarra completa el expediente administrativo y presenta escrito de alegaciones en el que solicita la desestimación de la reclamación al considerar que no se contraviene norma imperativa alguna y que la posibilidad de que el licitador renuncie a la revisión de precios debe enmarcarse dentro de la autonomía de la voluntad que preside la contratación pública. Por otra parte, señala que no se quiebra el equilibrio económico del contrato ni se afecta al interés público y que en modo alguno cabe entender que las cláusulas impugnadas representen desviación de poder.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación ya fueron objeto de análisis en el citado Acuerdo 37/2014, en el cual se concluyó tanto la legitimación del reclamante como la competencia de este Tribunal para resolver sobre la reclamación, por lo que no procede incidir de nuevo sobre los aspectos formales de ésta.

SEGUNDO.- en cuanto al fondo de la reclamación, el reclamante impugna el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas, por considerar que los criterios de adjudicación fijados no se adecuan a Derecho.

En particular, el reclamante solicita la anulación del segundo párrafo de la cláusula 5 y del primer apartado de la letra b.2, de la cláusula 9, relativos ambos a la revisión de precios.

Se transcribe a continuación la citada cláusula 5 del pliego:

“5.- REVISIÓN DE PRECIOS

En el supuesto de que se haya ejecutado el 20% del importe del contrato y haya transcurrido un año desde su adjudicación se aplicará la fórmula de revisión nº 151 aprobada por el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre.

No procederá la revisión de precios si la oferta del adjudicatario incluye la renuncia a dicha revisión”.

Por su parte, la cláusula 9, que regula los criterios de adjudicación, señala lo siguiente:

“9.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Para la selección del adjudicatario se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) Precio ofertado: Máximo 50 puntos.

(...)

b) Valor técnico de la oferta: Máximo 50 puntos.

Se valorará conforme a lo siguiente:

b.1.- (...)

b.2.- Mejoras que el licitador ofrece sin coste alguno para la Administración:

Máximo 15 puntos.

Se valorará conforme a lo siguiente:

- Renuncia expresa, total y no condicionada, a la revisión de precios del contrato: 3 puntos”.

Considera el reclamante que las dos cláusulas transcritas son nulas de pleno derecho ya que contravienen lo dispuesto en el artículo 116 de la LFCP, relativo a la revisión de precios, y que establece lo siguiente:

“Artículo 116. Revisión de precios de los contratos administrativos .

1. Procederá la revisión de precios en los contratos administrativos cuando haya transcurrido un año desde su adjudicación y se haya ejecutado la parte correspondiente al 20 por 100 de su importe. En los contratos de suministro y asistencia la revisión de precios tendrá carácter potestativo. En los contratos de concesión la revisión de precios sólo procederá cumplidos al menos tres años del plazo del contrato.

2. En ningún caso tendrá lugar la revisión de precios en los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra.

3. *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y en resolución motivada podrá establecerse la improcedencia de la misma que también deberá hacerse constar en dicho pliego*”.

El reclamante destaca el carácter imperativo con el que este precepto contempla la revisión de precios, puesto que así se desprende de su tenor literal (“*Procederá la revisión de precios...*”). Considera que, tratándose de una norma de derecho necesario, y límite, por lo tanto, a la libertad de pactos, no cabe contemplar en los pliegos una hipotética renuncia a la revisión de precios por parte de los licitadores.

Señala el reclamante que “*ni la eventual renunciabilidad al derecho que el adjudicatario tiene a la revisión, ni mucho menos la atribución de puntos a esa renuncia son procedentes ya que es un derecho establecido de manera taxativa por disposición legal en atención a la finalidad específica de mantener el también necesario equilibrio económico del contrato, ... principio que podría quedar seriamente deteriorado si se fuerza a una de las partes a renunciar a la aquélla para poder licitar con opciones de adjudicación*”.

Añade en su reclamación que “*en la vigente normativa sobre contratación administrativa (tanto Estatal como Foral), la existencia del pacto de revisión de precios es regla general, pues su exclusión del pliego requiere que se acuerde por la Administración mediante resolución motivada*”.

Previamente al examen de las cuestiones planteadas en la reclamación, debe hacerse ciertas consideraciones acerca de la revisión de precios. Esta figura jurídica, tal y como señala la Sentencia núm. 874/2005 de 24 junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) “*nace precisamente como una excepción a los principios de precio cierto y riesgo y ventura del contratista que constituyen la regla en los contratos administrativos, de tal manera que el Decreto-Ley 2/1964 y más tarde la LCAP de 1995 y el Texto Refundido actualmente en vigor, conciben la revisión de precios como una cláusula de estabilidad o equilibrio financiero del contrato que implica una garantía frente a la inestabilidad*

económica (vid Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1987), de suerte que en los contratos de larga duración y volumen importante la prestación dineraria a favor del contratista no se vea perjudicada como consecuencia de la inflación”.

En definitiva, esta institución surge como una garantía frente a los riesgos derivados de la inflación (o deflación), en aquellos contratos en los que, por su larga duración, pueda verse afectado el equilibrio económico a favor de alguna de las partes. Y decimos alguna de las partes porque, tal y como señala el reclamante, no se trata de una cláusula que actúe exclusivamente a favor del contratista, como una limitación al principio de riesgo y ventura que debe presidir la ejecución de los contratos administrativos, sino que también puede operar a favor de la Administración contratante. Así se desprende del artículo 120 de la LFCP, que contempla ambas posibilidades al señalar que *“El importe de las revisiones se hará efectivo mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, en la certificación final o en la liquidación del contrato cuando no hayan podido incluirse en dichas certificaciones o pagos parciales”.*

Sentado lo anterior, debe analizarse la naturaleza de esta revisión de precios para determinar si, tal y como considera el reclamante, se trata de un derecho reconocido a los licitadores por disposición legal, y de carácter irrenunciable.

Y la respuesta debe ser negativa. La consideración de la revisión de precios como un derecho del contratista podría dar lugar a situaciones como que, vigente el contrato, el contratista renunciase, no a la titularidad, pero sí al ejercicio de este derecho en el caso de que la aplicación de la fórmula contemplada en el pliego para ello supusiera una reducción del precio del contrato. Y es que, tal y como antes se ha señalado, la revisión de precios no opera siempre a favor del contratista sino que en ocasiones es la propia Administración contratante quien se beneficia de la eventual bajada de los costes de producción, de modo que la aplicación de esta figura conlleva una rebaja del precio del contrato. Y ello porque la finalidad fundamental de esta figura es el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, equilibrio que puede

implicar una revisión al alza o a la baja del precio del mismo. Este carácter bilateral de la revisión de precios impide considerarlo como un derecho del contratista, puesto que del mismo modo debería considerarse también como un derecho de la Administración contratante.

En cualquier caso, y al margen de su calificación como derecho, considera el reclamante esta figura como una cláusula de aplicación automática e indisponible para las dos partes intervinientes (Administración por un lado, y contratista por otro lado). En definitiva, el reclamante sostiene que la revisión de precios actúa de forma imperativa como límite al principio de libertad de pactos reconocido en el artículo 30 LFCP.

Este último artículo dispone que *“Las Administraciones Públicas podrán concertar los contratos, pactos y condiciones que tengan por conveniente, con pleno respeto a los principios establecidos en el artículo 21, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberán cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la presente Ley Foral a favor de aquéllas”*. En cumplimiento de esta previsión, el artículo 45.1 de la citada Ley Foral, relativo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, señala que *“En todo procedimiento de licitación se fijarán previamente los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, en sus aspectos jurídicos, administrativos y económicos, que se denominarán pliegos de cláusulas administrativas particulares, salvo las especialidades previstas en la presente Ley Foral”*.

Para valorar si la revisión de precios opera como un límite a la libertad de pactos de modo que su aplicación sea indisponible para las partes en la relación contractual, debe analizarse tanto la normativa como la jurisprudencia sobre la materia.

Como cuestión previa debe señalarse que uno de los principios que rigen la contratación administrativa es el de riesgo y ventura, reconocido en el artículo 98 de la LFC, y según el cual *“La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del*

contratista y serán por cuenta de éste las pérdidas, averías o perjuicios que experimente durante la ejecución del contrato sin perjuicio de su aseguramiento por el interesado”

En este sentido, la institución de la revisión de precios guarda una íntima conexión tanto con el principio de riesgo y ventura como con otras instituciones de la normativa sobre contratación pública cuales son el principio de precio cierto, el mantenimiento del equilibrio económico y financiero de las prestaciones del contrato, y la potestad de “*ius variandi*” de la Administración.

Resulta clarificador en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) 29/00, de 30 de octubre, que señala lo siguiente:

*“(...) El primero -riesgo y ventura- viene establecido legalmente, para todos los contratos, en el artículo 98 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [hoy artículo 215 del TRLCSP], constituyendo una excepción o atenuación del mismo, como ha señalado la doctrina más autorizada y una jurisprudencia reiterada, las cláusulas de revisión de precios reguladas en los artículos 103 a 108 del propio Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [hoy 89 a 94 del TRLCSP]. El segundo -equilibrio económico financiero- se establece en su aplicación en el contrato de gestión de servicios públicos, (artículo 163 de la Ley) [artículo 245, 282 respecto del contrato de gestión del servicio público, y 258 en el de concesión de obra pública del TRLCSP] como contrapartida al “*ius variandi*” de la Administración y como derecho del contratista al mantenimiento de dicho equilibrio cuando, consecuencia de modificaciones de la Administración, se altere el equilibrio inicial existente en el momento de la adjudicación. Con ello se quiere resaltar que los dos principios reseñados tienen que actuar al margen y con independencia de la revisión de precios y se articulan a través de mecanismos que por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, permiten una alteración de la prestación del contratista y no de la Administración que por las mismas circunstancias podrá ejercitar el “*ius variandi*” (...).”*

Por tanto, únicamente existe un derecho al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato cuando al Administración ejercita la prerrogativa del “ius variandi”. Fuera de este supuesto, rige plenamente el principio de riesgo y ventura del contratista, si bien es posible atenuar éste con cláusulas de revisión de precios. En cualquier caso, fuera de los casos de “ius variandi”, tal y como señala el citado informe, no existe como tal un derecho al equilibrio económico-financiero ni, en consecuencia, a la revisión de precios.

En definitiva, la revisión de precios constituye una excepción tanto al principio de precio cierto como al de riesgo y ventura.

En relación con la revisión de precios, la Directiva 2014/24 del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, señala en su artículo 72, relativo a la modificación de los contratos durante su vigencia, lo siguiente:

“1. Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:

a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco;

b) ... “.

Podría cuestionarse si la referencia que este precepto realiza a la revisión de precios, entre las posibles modificaciones de contratos, es afortunada, considerando que no se trata propiamente de una modificación de contrato puesto que, como hemos visto, el “ius variandi” de la Administración lleva consigo un correlativo derecho del

contratista al equilibrio económico y financiero, pero no un derecho a la revisión de precios, que es una figura distinta; sin perjuicio de lo anterior, este precepto contempla las cláusulas de revisión de precios como una posibilidad (*“cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones”*). De ello debe concluirse que la normativa comunitaria no contempla la revisión de precios como un derecho del contratista o de la Administración, ni como una cláusula que ineludiblemente debe incorporarse a los pliegos para su aplicación automática. No se trata, pues, de un derecho de configuración legal, irrenunciable o indisponible para el contratista ni para la Administración, sino que, por el contrario, se trata de una cláusula que puede incorporarse o no a los pliegos.

Centrándonos en la LFC, ésta dedica el Capítulo II del Título V a regular la figura de la revisión de precios. En particular, el artículo 116.1 dispone lo siguiente:

“Procederá la revisión de precios en los contratos administrativos cuando haya transcurrido un año desde su adjudicación y se haya ejecutado la parte correspondiente al 20 por 100 de su importe. En los contratos de suministro y asistencia la revisión de precios tendrá carácter potestativo. En los contratos de concesión la revisión de precios sólo procederá cumplidos al menos tres años del plazo del contrato”.

Una primera aproximación a este artículo muestra como el texto utiliza una fórmula imperativa (*“Procederá...”*) al regular la revisión de precios en los contratos administrativos, fijando las condiciones en las que desplegará sus efectos esta figura. Sin embargo, este mismo artículo contempla en su apartado 3 la posibilidad de no aplicar esta cláusula cuando la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos (*“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y en resolución motivada podrá establecerse la improcedencia de la misma que también deberá hacerse constar en dicho pliego”*).

De la lectura de este artículo se desprende que la Administración contratante puede prever en los pliegos la no aplicación de la revisión de precios al contrato objeto de licitación si, de forma motivada, lo considera oportuno y conveniente para los intereses públicos.

Ello supone que cuando este artículo 116.1 utiliza la fórmula imperativa para referirse a la revisión de precios, está preceptuando la necesaria procedencia de la revisión de precios con carácter general, con la única salvedad de aquellos casos en que el pliego prevea expresamente y de forma clara lo contrario. Así lo ha entendido la jurisprudencia del TS, que, en su sentencia de 3 febrero 2003, dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina, considera que la existencia de una cláusula de revisión de precios cuya interpretación es oscura no debe perjudicar al contratista; y ello porque los contratos administrativos son contratos de adhesión, en los que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo previsto en el artículo 1288 del Código Civil, la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Tal argumento permite entender que la falta de claridad en el pliego acerca de si procede o no la revisión de precios no puede perjudicar al contratista, de modo que, no sólo cuando el pliego guarde silencio, sino también cuando, como en este caso, la redacción es dudosa, “procederá” la revisión de precios.

Hasta ahora se ha expuesto cómo la Administración únicamente puede eliminar la cláusula de revisión de precios en los pliegos unilateralmente de forma expresa y motivada. Sin embargo, la cuestión planteada en la reclamación que ahora nos ocupa es bien distinta, puesto que el pliego sí incorpora expresamente una cláusula de revisión de precios (cláusula 5 del PCAP), permitiendo, eso sí, a los licitadores plantear en sus ofertas técnicas la renuncia voluntaria a su aplicación.

Debe señalarse que en la normativa expuesta hasta ahora no se advierte ningún precepto que permita considerar la cláusula de revisión de precios como un límite a la libertad de pactos. En efecto, la inclusión en el pliego de la renuncia a la revisión de

precios como criterio de adjudicación no es una medida que afecte por sí misma al equilibrio económico del contrato (que no puede considerarse como derecho del contratista, como hemos visto, fuera del “ius variandi” de la Administración) sino que, por el contrario, resulta plenamente congruente con el principio de riesgo y ventura que debe presidir la contratación pública. Así lo ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TAC) en su Resolución 219/2013, de 12 de junio, en la cual, al tratar la impugnación de las cláusulas de un pliego de condiciones que valoraba como criterio de adjudicación la renuncia a la revisión de precios, señala que *“no cabe apreciar que la mera incorporación de la renuncia a la revisión de precios como criterio de valoración de las ofertas comporte o comprometa, por sí y de forma apodíctica, el equilibrio económico del contrato, sin que haya razones para presumir que determinará, ineludiblemente, la universal presentación de ofertas absurdas o de imposible cumplimiento por parte de los licitadores”*, para concluir que *“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”*.

Y es que la previsión en los pliegos, como uno de los criterios de valoración de las ofertas, de la renuncia voluntaria a la revisión de precios, encuentra amparo legal en el artículo 51.1 b) LFC, según el cual *“Los criterios se definirán de forma precisa, especificando su importancia relativa, y deberán estar vinculados al objeto del contrato. Como la calidad o sus mecanismos de control, el precio, el valor técnico de la oferta, la posibilidad de repuestos, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o ejecución, u otras semejantes. En caso de valorarse la posibilidad de presentar mejoras, deberán expresarse sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”*. La enumeración que este precepto realiza de posibles criterios de

adjudicación de los contratos no debe considerarse “*numerus clausus*” (“*Como la calidad...*”, reza el precepto), ya que deja abierta la posibilidad de introducir otros criterios no recogidos en el mismo, con el único límite de que tengan relación directa con el objeto del contrato. Esta renuncia a establecer una relación concreta y tasada de posibles criterios de adjudicación sigue la línea marcada en este aspecto por la normativa comunitaria, representada por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (art. 53.1 a) y por la más reciente Directiva 2014/24 del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, cuyo artículo 67, tras señalar a título ejemplificativo una relación de posibles criterios de adjudicación y reconocer que los criterios deben guardar una vinculación con el objeto del contrato de que se trate, añade en su apartado 3 lo siguiente:

“Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios”.

Este precepto viene, pues, a reconocer de forma expresa la posibilidad de introducir como criterio de adjudicación de los contratos también los factores ligados, por ejemplo, a los costes de producción, entre los que debe incluirse la eventual renuncia a la revisión de precios.

En definitiva, la introducción en los pliegos de la renuncia a la revisión de precios como criterios de adjudicación respeta tanto el requisito de tener una vinculación con el objeto del contrato como los límites establecidos en el mismo artículo 67, según el cual “*Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan*

comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación...”.

Por otro lado, el reclamante alega que *“la revisión no es una prestación accesoria sino es precio ofertado y convenido”*, de modo que *“no cabe que una rebaja en el precio, en la oferta económica –eso supone, ni más ni menos, la renuncia a la revisión- sea puntuada en atención a criterios de valoración técnica como una mejora (cláusula 9.b.2) que no es tal y que además supondría puntuar dos veces la oferta económica de aquéllos que renuncien a la revisión”*.

Al respecto debe señalarse que el reclamante confunde la baja en el precio ofertado, con la revisión de precios. Pero son institutos diferentes ya que, tal y como señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución nº 196/2013, de 18 de diciembre, se diferencian al menos en dos elementos:

“De un lado, en que mientras la revisión es un factor causal, -responde a la variación del coste de determinados factores,- la baja en el precio ofertado no viene determinada por ningún factor externo: el licitador puede ofertar el precio que estime conveniente, con los límites en su caso de las ofertas que incurran en temeridad. De otro, en que el alcance exacto de la revisión de precios no se conoce en el momento de formalización del contrato, es un aleas: se conoce ciertamente la fórmula de la revisión, pero no la cuantificación de los factores que integran la fórmula”.

En consecuencia, no deben confundirse ambas figuras, pues la posibilidad de eliminación de la revisión de precios está contemplada expresamente, como hemos visto, en la norma, siendo posible valorar su renuncia, si así lo contemplan los pliegos, como criterio de adjudicación del contrato.

Por otro lado, alega el reclamante que *“permitir/forzar al licitador la renuncia a la revisión de precios de manera anticipada e incondicional puede redundar negativamente en la buena administración y, por ende, en el interés público”*, ya que *“la revisión de precios pretende el mantenimiento del equilibrio económico del contrato*

y si bien esa revisión, normalmente, favorece al contratista es posible que, en razón de la coyuntura económica, actúe a favor de la Administración por lo que la revisión de precios debe incardinarse además en el genérico deber de rigor presupuestario y de la correcta gestión de los fondos públicos”.

Al respecto debe señalarse que en ningún caso la Administración contratante trata de forzar a los licitadores a renunciar a la revisión de precios, sino que esta posibilidad se ofrece en el pliego, siendo considerada como un criterio de adjudicación del contrato, entre otros. De hecho, su ponderación puede considerarse reducida en relación con la puntuación total que pueden obtener los licitadores (3 puntos sobre un total posible de 100), por lo que no es descabellado pensar que pueda resultar adjudicatario del contrato un licitador que no oferte renuncia a la revisión de precios. En cualquier caso, nada impediría que su ponderación fuera mayor, de modo que este elemento pudiera llegar a resultar mucho más decisivo puesto que, como se ha señalado, la inclusión en el pliego de la renuncia a la revisión de precios como criterio de adjudicación debe considerarse ajustada a Derecho.

En cuanto a las implicaciones negativas que, a juicio del reclamante, tiene la inclusión en el pliego de la posibilidad de renuncia a la revisión de precios, sobre la gestión presupuestaria de la Administración, no puede asociarse necesariamente la cláusula de revisión de precios al rigor presupuestario y a la correcta gestión de los fondos públicos. Así lo ha entendido, por ejemplo, la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que aprobó con fecha 22 de abril de 2013 una Resolución disponiendo que, con carácter general, en los contratos de obras y servicios que se celebren en el ámbito competencial de la citada Secretaría de Estado se hará constar en los pliegos que no procederá la revisión de precios. Esta medida, avalada recientemente por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 327 y 328/2014, ambas de 25 de abril, se justifica precisamente en el actual contexto de crisis económica, que ha reducido en gran medida el presupuesto público destinado a infraestructuras, de modo que *“para poder programar y abordar dichas actuaciones (hace referencia a actuaciones ineludibles en materia de infraestructuras, como son*

precisamente las de conservación y mantenimiento de la red de carreteras existente) es imprescindible contar con un nivel de certidumbre en cuanto al coste de las mismas, que no es posible determinar si el mismo queda sujeto a las desviaciones derivadas de la revisión de precios”.

En definitiva, del mismo modo que la potencial renuncia a la revisión de precios por parte de los licitadores introduce un nuevo elemento de incertidumbre al contratista, que evidentemente añade cierta dificultad a la valoración de los riesgos y, en consecuencia, también a la definición de los restantes aspectos de su propuesta (entre ellos, la oferta económica), también proporciona a la Administración contratante una mayor seguridad acerca del gasto final.

Esta certidumbre en cuanto al coste final que supondrá la ejecución de los contratos puede tener una importancia capital en el contexto económico actual, caracterizado por una importante reducción de los créditos de los Presupuestos Generales de Navarra destinados a la contratación de obras, con el fin de alcanzar la necesaria consolidación fiscal y reducción del déficit público, como consecuencia de las directrices de política económica general que se contienen tanto en el artículo 135 de la Constitución Española (CE), como la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Por otro lado, debe recordarse que, si bien es cierto que la cláusula de revisión de precios proporciona mayor seguridad al contratista en cuanto a las condiciones económicas en las que se desarrollará en contrato, al atenuar el principio de riesgo y ventura, no asegura en todo caso la viabilidad del contrato ni, como antes se ha señalado, opera siempre como garantía del contratista. No debe desconocerse que la ejecución de un contrato tiene un importante componente de incertidumbres, y no todas ellas son susceptibles de ser corregidas mediante modificaciones de contrato o revisión de precios. Así, por ejemplo, hay factores como la siniestrabilidad o el absentismo laboral, posibles accidentes o averías de maquinaria, entre otros, que pueden generar un incremento de costes al contratista, pero ello debe englobarse dentro del principio de riesgo y ventura que preside la contratación administrativa y la actuación del contratista.

La eliminación o en este caso, renuncia a la revisión de precios, no hace sino elevar este riesgo del contratista, pero no necesariamente en su contra, pues, como antes se ha expuesto, en ocasiones la revisión de precios podría operar en contra del mismo y en favor de la Administración contratante.

Por último, el reclamante alega que *“Contemplar la eventual renuncia a la revisión de precios y puntuar esa renuncia son previsiones que tienen encaje en el concepto de “desviación de poder” entendida como actividad administrativa viciada de nulidad por implicar una desviación finalista y por apartarse de los imperativos de moralidad a los que también está sujeta la actividad administrativa. Desde luego, hay desviación finalista pues, la finalidad de la revisión de precios no es otra que el mantenimiento del equilibrio económico contractual y, además, es moralmente censurable en tanto que persigue una rebaja de precio por la vía de condicionar la expectativa de adjudicación a la renuncia a un derecho reconocido a los licitadores en la Ley y en el propio Pliego”*.

En relación con esta alegación, ya se ha expuesto antes cómo la revisión de precios no puede considerarse como un derecho de los licitadores, y que su exclusión motivada o la inclusión, como criterio de adjudicación, de la eventual renuncia a la misma, debe considerarse legítima, de modo que en ningún caso esta última previsión puede considerarse como una manifestación de la desviación de poder. En este sentido, y en palabras del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones 327 y 328/2014, de 25 de abril) *“En cuanto a la desviación de poder, no se aprecia que el apartado impugnado persiga una finalidad espuria o ajena a la procura de la oferta económicamente más ventajosa garantizando, en conexión con la estabilidad presupuestaria y control del gasto, a la que ha de encaminarse el procedimiento de adjudicación, tal y como prescribe el artículo 1 del TRLCSP, de modo que no puede inferirse que la actuación administrativa persiga 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, sino antes al contrario”*.

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.R., en representación de la Asociación Navarra de Empresas Contratistas de Obras Públicas (ANECOP), frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de obra para la “Conservación integral de las carreteras del Centro de Conservación de Mugairi, años 2015-2018”

2º. Notificar el presente Acuerdo al reclamante, al Departamento de Fomento 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, a 2 de septiembre de 2014. EL PRESIDENTE, Fermín Casado Leoz.
LA VOCAL, Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.