RE 127/2017

Acuerdo 112/2017, de 7 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la ASOCIACIÓN DE CONSTRUCTORES CONTRATISTAS DE OBRAS, frente a los Pliegos que rigen el contrato denominado «Obras de construcción de edificio de equipamiento municipal (Comisaría de policía local y punto de encuentro de brigadas), en La Almunia de Doña Godina», promovido por el Ayuntamiento de La Almunia de Doña Godina.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de septiembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza (BOPZ), en el Boletín Oficial de Aragón (BOA), en la Plataforma de Contratos del Sector Público y en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de La Almunia de Doña Godina, anuncio de licitación del procedimiento denominado «Obras de construcción de edificio de equipamiento municipal (Comisaría de policía local y punto de encuentro de brigadas), en La Almunia de Doña Godina», promovido por el Ayuntamiento de La Almunia de Doña Godina.

Se trata de un contrato de obras licitado por procedimiento abierto, tramitación urgente y con un valor estimado de 495 805,05 euros, IVA excluido.

En el anuncio se indica que el plazo de presentación de proposiciones finaliza el 11 de octubre de 2017.

SEGUNDO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige la licitación, establece en el apartado 11 de su Anexo una serie de penalidades especiales en caso de incumplimiento, en los siguientes términos:

a) Por incumplimiento de la obligación de localización del Jefe/Encargado de Obra

Se impondrá una penalidad de 3.000 € cada vez se constate el incumplimiento de dicha obligación por tiempo superior a 3 horas.

Esto no obstante, en caso de que la empresa acreditare documentalmente haber tenido conocimiento, de la imposibilidad de localización Jefe/Encargado de Obra por causa mayor o justificada en motivos de salud, familiares, o relativas al ejercicio de los derechos de éste, con una antelación inferior a 12 horas, se considerará el incumplimiento como no imputable al contratista y no habrá lugar a la imposición de penalidades, siempre que se proceda a la sustitución dentro de las 12 horas siguientes, a menos que dicho coordinador vuelva a encontrarse disponible en un plazo inferior.

b) Penalidades por demora:

b.1) Penalidades por incumplimiento de plazos parciales:

b.1.a) Incumplimiento de los plazos correspondientes a las actuaciones previas referidos en el apartado 10.2 A) del presente Anexo.

El Incumplimiento de los plazos parciales correspondientes a las actuaciones previas dará lugar a la imposición de una penalidad diaria de un 0,6 % del importe de adjudicación del contrato.

b.1.b) Incumplimiento de los plazos correspondientes a la ejecución de las obras referidos en el apartado 10.2.B) del presente Anexo.

El incumplimiento de cualquiera de los plazos parciales correspondientes a la ejecución de las obras dará lugar a una penalidad diaria de un 2,5 % del presupuesto parcial de ejecución material del contrato, aplicado el porcentaje de baja de adjudicación, correspondiente al plazo parcial incumplido.

Las penalidades por incumplimiento de los plazos parciales no serán acumulables entre sí, ni tampoco a las que pudieran corresponder por incumplimiento del plazo total.

Consecuentemente, al incumplirse un plazo parcial o el plazo total, la penalidad a él correspondiente absorbe, las que hayan tenido lugar anteriormente, con el carácter de no acumulables, hasta que sean liquidadas e incluso procediéndose a la devolución de la diferencia si el montante de las ya impuestas resultase superior al que corresponde por el último plazo incumplido.

b.2) Penalidades por incumplimiento del plazo total

El incumplimiento del plazo total de ejecución del contrato dará lugar a la imposición de una penalidad del 0,7% del importe de adjudicación por cada día de demora.

b.3) Procedimiento de imposición de las penalidades

A fin de hacer posible el cumplimiento de la finalidad coercitiva de las penalidades por demora el procedimiento para su imposición será el siguiente:

- Incumplido cualquiera de los plazos totales o parciales, si la Administración optara por la continuación de la ejecución del contrato y no por la resolución de éste, se dictará, de forma automática y sin necesidad de previa audiencia al contratista, resolución declarando la imposición de la correspondiente penalidad por el importe diario que corresponda.

- En esta resolución se concederá una ampliación del plazo de ejecución correspondiente al plazo incumplido, ampliación que coincidirá con el periodo necesario para que el importe de las penalidades acumuladas alcance el 5% del importe de adjudicación del contrato, con la consiguiente posibilidad de que la Administración vuelva a optar entre la resolución de la relación contractual o la continuidad de la misma con imposición de nuevas penalidades.

- La ampliación de un plazo parcial concedida de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, no implicará la de los sucesivos plazos parciales ni la del plazo total, dado el carácter no acumulable de las penalidades por el incumplimiento de plazos parciales y, a cuenta de las que resulten del incumplimiento del plazo total.

- Ejecutada la parte de la obra correspondiente al plazo incumplido, o finalizada la ampliación de plazo concedida, se dictará resolución cuantificando el importe acumulado de las penalidades correspondientes al plazo incumplido. Las penalidades provisionales se harán efectivas sobre las correspondientes certificaciones mensuales.

- Efectuada la recepción de la obra, o iniciado que fuere expediente de resolución del contrato, se formulará propuesta de liquidación definitiva, abriéndose trámite de audiencia durante un plazo de 10 días naturales a fin de que el contratista y, en su caso, el avalista, puedan formular cuantas alegaciones y aportar cuantos documentos e informaciones puedan estimar oportunos en defensa de sus respectivos derechos e intereses.

- Finalizado el trámite de audiencia se aprobará la liquidación definitiva del importe de las penalidades. En caso de que el saldo resulte favorable al contratista los importes correspondientes se harán efectivos en la certificación final. En caso de que resulte negativo y no pudiera hacerse efectivo sobre la certificación final, se procederá a la ejecución de la garantía.

d) El incumplimiento de las medidas de seguridad de personas y bienes por parte del contratista dará lugar a la imposición de una penalidad, en proporción al riesgo potencial que tal incumplimiento conlleve de hasta 10 % del importe de adjudicación del lote correspondiente. Idéntica penalidad se impondrá en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social impuestas por la normativa vigente en cada momento, en proporción a la gravedad del incumplimiento.

e) Falta de decoro, desaseo o modales inadecuados del personal del contratista. Como regla general, su cuantía será un 1% del presupuesto del contrato, salvo que, motivadamente, el órgano de contratación estime que el incumplimiento es grave o muy grave, en cuyo caso podrán alcanzar hasta un 3 y un 5% respectivamente. La apreciación de dicha circunstancia precisará del

TERCERO.- El 26 de octubre de 2017 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto ante el órgano de contratación —y calificado como recurso de reposición— el 17 de octubre por D.ª Gema Rubio Peinado en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONSTRUCTORES CONTRATISTAS DE OBRAS, frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Obras de

construcción de edificio de equipamiento municipal (Comisaría de policía local y punto de encuentro de brigadas), en La Almunia de Doña Godina», promovido por el Ayuntamiento de La Almunia de Doña Godina.

El recurso tiene entrada junto con el expediente completo y un informe del órgano gestor de éste, cumpliendo así con lo previsto en el artículo 46.2 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)

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

a) Que las penalidades contempladas en el PCAP no cumplen las premisas legales necesarias para su prescripción, pues no responden a las características especiales del contrato ni están justificadas ni motivadas en el expediente.
b) Que la cuantía de las penalidades no respeta el principio de proporcionalidad que debe guiar la actuación de los poderes adjudicadores, y además supera el límite legalmente establecido en el artículo 212 TRLCSP. Dichas penalidades se fijan en el PCAP en el 2,5% sobre el presupuesto de ejecución material (416 642,90 €), lo que supone 10 416,07€ de penalización diaria, importe claramente abusivo y desproporcionado, pues cumpliéndose los límites legales la penalización diaria sería de 83,33€.
c) Que el PCAP establece la aplicación automática de la penalización, sin prever ningún trámite de audiencia al contratista, lo que conculca el principio de seguridad jurídica y vulnera los principios constitucionales de igualdad, legalidad e interdicción de la arbitrariedad, así como el principio de confianza legítima en la

actuación de la Administración. Ello causa indefensión, dado que se impide el ejercicio del derecho de defensa. Cita jurisprudencia del TS y de la Audiencia Nacional en la que fundamenta que, dada la falta de un procedimiento específico para tramitar e imponer las penalidades que puedan derivarse de la ejecución del contrato, debe acudirse al procedimiento administrativo general que regula la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por tanto, los Pliegos deben establecer un procedimiento para determinar si se ha producido la demora por causa del contratista, procedimiento que, en todo caso, deberá contemplar el trámite de audiencia al interesado.

Por todo lo anterior, solicita se declare la nulidad del PCAP, y se elabore otro en el que se eliminen las penalidades específicas no incluidas en el artículo 212 TRLCSP, o bien se justifiquen adecuadamente en el correspondiente expediente, adecuando sus importes a lo establecido en la Ley, y estableciendo un procedimiento para la imposición de las mismas que incluya el trámite de audiencia al interesado. Solicita además la suspensión del procedimiento.

CUARTO.- Por Resolución 28/2017, de 27 de octubre de 2017, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por el recurrente en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, valorando las circunstancias que concurren en el expediente.

QUINTO.- No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; por tratarse de un recurso especial sobre los pliegos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la de la ASOCIACIÓN DE CONSTRUCTORES CONTRATISTAS DE OBRAS para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP. El interés que preside el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de las recurrentes, en cuanto posibles participantes en la licitación regulada por el PCAP impugnado, de conformidad con sus Estatutos. Y esta es la doctrina general de este Tribunal administrativo. Basta recordar nuestro Acuerdo 66/2014, de 10 de noviembre que indica que *«Conforme a la doctrina ya consolidada por este Tribunal administrativo en relación a la legitimación activa en los supuestos de interesados que representan intereses colectivos —entre otros, Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, relativo a la Asociación Plataforma de Empresarios Hosteleros de Aragón; Acuerdo 52/2014, de 11 de septiembre, frente a recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Montes; y Acuerdo 58/2014, de 1 de octubre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón—, se otorga legitimación a los Colegios Profesionales, para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, que permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. El interés que debe presidir el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, de conformidad con sus Estatutos»* (criterio confirmado en nuestro Acuerdo 62/2017).

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 200 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas). El recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo del recurso se circunscribe a la validez de las condiciones de ejecución y las penalidades previstas en el pliego, que se consideran desproporcionadas por la recurrente.

Conviene advertir que la justificación de la necesidad de acelerar el inicio de las obras se produce como consecuencia de circunstancias acreditadas, imprevisibles, así como ajenas a la voluntad o falta de diligencia de la Administración o del redactor del proyecto. Este hecho no parece objeto de discusión y pone de relieve la importancia del sistema de penalidades contractuales como incentivo al adecuado cumplimiento del contrato en los plazos previstos, que desde una perspectiva jurídica resultan esenciales (máxime cuando se vinculan a financiación externa de naturaleza subvencional que obliga al cumplimiento de los plazos de justificación). La motivación dada es suficiente y adecuada y explica per se la racionalidad y razonabilidad sobre la imposición de las penalidades objeto de discusión.

Asimismo, el 115.2 TRLCSP, en relación con los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, establece que, *«en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y*

las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo». Esto significa que el pliego, como ley del contrato, tiene como principal función preservar el adecuado cumplimiento de la prestación que se licita, pues en ella radica la satisfacción del interés público. Así, el artículo 212 TRLCSP, con la finalidad de preservar el correcto cumplimiento de las prestaciones permite penalidades por ejecución defectuosa (que no penalidades por simple retraso o demora, como confunde la recurrente), que deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato.

Esta es la opción adoptada por el pliego recurrido y se encuentra en los límites legales máximos (se sitúa en el 2,5 por ciento). En consecuencia, la previsión impugnada es no solo manifiestamente legal, sino una opción lógica, proporcional y conveniente, que en modo alguno afecta a la competencia pues al poner en valor el efectivo cumplimiento del contrato preserva la esencia de una competencia leal. Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de recurso.

TERCERO.- Cuestiona también el recurrente que el pliego no prevea el procedimiento de imposición de estas penalidades por cumplimiento defectuoso un trámite de audiencia.

Pues bien, esta pretensión debe ser desestimada pues el pliego no elimina el trámite de audiencia, sino que difiere las posibles discrepancias al trámite final de liquidación de la obra, con la finalidad, no caprichosa, de «incentivar» el cumplimiento del contrato y tener la prerrogativa de dirigir la ejecución del contrato para garantizar el cumplimiento de lo pactado.

La opción del pliego no incumple ninguno de los principios de la contratación pública ni con la esencia de las penalidades que es la se servir de medio coercitivo o de presión al contratista, que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de las obligaciones contractuales dentro del plazo prefijado (Sentencia TSJ Madrid de 24 de abril de 2014),

Su concreto diseño, al optar por el modelo del artículo 138 del Reglamento de Contratos del Estado de 1975, pretende la correcta ejecución por los motivos objetivos ya analizados, por lo que no resulta ni arbitrario ni contrario a ninguna de las normas vigentes (en concreto artículo 99 RGLCAP). Por ello, procede declarar la validez de la opción impugnada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por D.ª Gema Rubio Peinado en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONSTRUCTORES CONTRATISTAS DE OBRAS, frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Obras de construcción de edificio de equipamiento municipal (Comisaría de policía local y punto

de encuentro de brigadas), en La Almunia de Doña Godina», promovido por el Ayuntamiento de La Almunia de Doña Godina.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Levantar la suspensión acordada por Resolución 28/2017, de 27 de octubre de 2017, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.