



Recurso nº 32/2022

Resolución nº 198/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 10 de febrero de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.S.L. en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, contra los pliegos que rigen la licitación convocada por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) de servicios de *“Mantenimiento y premantenimiento de infraestructuras, vías y aparatos de la vía de la Línea de Alta Velocidad Plasencia-Badajoz (Ámbito bases de Mérida y Cáceres)”*, nº de expediente: 2.21/21520.0114; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Los Pliegos que rigen la licitación y ejecución del contrato, el expediente, el gasto y la apertura del procedimiento de adjudicación fueron aprobados mediante Acuerdo del Consejo de Administración de ADIF de fecha 29 de noviembre de 2021, y autorizado por Consejo de Ministros, de 14 de diciembre de 2021.

El importe máximo de licitación de 39.968.882,59 € IVA excluido.

Segundo. El expediente de referencia se ha licitado mediante procedimiento abierto en base a varios criterios de adjudicación, publicándose el anuncio de licitación el 21 de diciembre de 2021 en el DOUE (enviado el 16/12/2021), en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 20 de diciembre de 2021 y en BOE el 23 de diciembre de 2021.



Tercero. Tal como figura en el expediente, cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) recoge –entre “los recursos asociados al contrato”– los siguientes:

«Toda la maquinaria de vía aportada por la Empresa Adjudicataria deberá reunir las condiciones del Ministerio de Fomento F.O.M./2520/2006 de 27 de Julio en cuanto a autorizaciones y, además, las características siguientes:

-Matriculación y autorización para trabajar en vías de Alta Velocidad.

-Útiles de servicio de la maquinaria: linternas, barras de shuntado, banderines, calces de seguridad, teléfono, extintores con revisión actualizada, botiquines, de acuerdo con la normativa vigente.

-Revisiones técnicas formalizadas y actualizadas.

-Inscripciones en los vehículos según las normas técnicas de circulación.

-Emisoras para comunicación entre varias máquinas.

-Sistema de comunicaciones con el PM adecuado para la línea. (GSM-R o Tren-Tierra)

-Sistema ASFA en servicio

-Implantación progresiva a lo largo del contrato del sistema ASFA digital, según calendario epígrafe 14.1.1., del sistema ASFA digital V3 o posterior.

Toda la maquinaria vinculada al ancho 1668mm dispondrá de GSM-R y Tren Tierra.

Los vehículos y maquinaria de vía estarán conformes en cuanto a exigencias y aplicaciones, en lo reflejado en Orden Ministerial FOM 233/2006 y en el Reglamento de Circulación Ferroviaria (RCF). Deberá implementarse el sistema ASFA digital de forma gradual en todos los vehículos de vía, de forma que todos ellos lo tengan en servicio dentro del período del contrato conforme a lo establecido en este pliego.



CALENDARIO IMPLANTACIÓN ASFA DIGITAL	
TIPO DE MAQUINARIA	PLAZOS
Locomotora	Con ASFA analógico desde el primer día del contrato Con ASFA digital al final del primer año
Bateadora	Con ASFA analógico desde el primer día del contrato Con ASFA digital al final del primer año
Estabilizadora/Perfiladora/Dresina	Con ASFA analógico desde el primer día del contrato Con ASFA digital al final del segundo año»

Por otro lado, la cláusula 14.2.1 también exige entre los recursos humanos con Base en Mérida y Cáceres, lo siguiente:

«2 Maquinista de tipo A con licencia/certificados de conducción. Se contará con al menos 1 al inicio de los trabajos y se adjuntará carta de compromiso de formación hasta completar 2 al final del primer año de contrato».

Existen otras referencias en el contrato sobre la instalación del sistema ASFA DIGITAL a la maquinaria exigible como recurso a adscribir al contrato y sobre la habilitación del personal para su manejo.

Por su lado, la cláusula 9 del PCAP –relativa a penalidades y descuentos– dispone:

«9.3. PENALIDADES Y DESCUENTOS

Se establecen las siguientes penalizaciones y descuentos. Las penalizaciones como máximo alcanzarán un valor del 9% del canon total anual certificado en ese año. Los descuentos no se consideran incluidos en el porcentaje anterior.

Cuando, en la aplicación de penalizaciones o descuentos, se hace referencia al canon total mensual o canon total anual, se refiere a la suma de todos los cánones de premantenimiento y mantenimiento estipulados el en presupuesto, que se certifiquen en el mes de la penalización o descuento».

El concepto de descuento aparece también en los apartados 9.3.1, 5., 6., 14 y 15 del Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante, PCT) que rige el contrato.



Cuarto. Con fecha de 11 de enero de 2021, la recurrente presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de referencia.

Quinto. Con fecha de 17 de enero, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Segundo. La recurrente, CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN está legitimada al tratarse de una asociación profesional constituida al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, que de acuerdo con sus Estatutos se configura como una organización empresarial en el sector de la construcción que extiende sus actividades en todo el territorio nacional. El artículo 48 de la LCSP dispone en su párrafo segundo que:

«Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Ya en ocasiones anteriores este Tribunal (por todas, su Resolución nº 1225/2020, de 13 de noviembre) ha entendido que cabe considerar al sector de la construcción ligado a un contrato cuyo objeto es muy similar al del aquí analizado, como en el caso estudiado en aquélla en que concluyó la legitimación de la ahora recurrente. En este sentido, si se acude al Convenio colectivo general del sector de la construcción como parámetro interpretativo sobre cuál puede ser el ámbito funcional de dicho sector, su artículo 3.1.b) considera incluidas dentro del mismo como actividad propia –entre otras– la de “conservación y mantenimiento de infraestructuras”; de ahí que resulte clara tal ligazón.



En consecuencia, debe reconocerse legitimación a la Confederación actora en tanto que organización empresarial representativa del ramo de la actividad mercantil al que se dirige la presente licitación, en atención asimismo a la actuación impugnada.

Tercero. Y en cuanto a ésta, adoptada en un procedimiento de un contrato mixto de servicios y obra, sujeto a regulación armonizada, con valor estimado de 39.968.882,59 € IVA excluido, es susceptible de recurso especial en materia de la contratación en virtud del artículo 44.2.a) de la LCSP, en relación al artículo 44.1.a) de dicha norma legal, al superar el límite de cien mil euros establecido en ese precepto para los contratos de servicios, al ser ésta la prestación principal, según se desprende del documento nº 3 obrante en el expediente administrativo.

El artículo 44.2.a) de la LCSP permite recurrir «*los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación*».

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que la recurrente lo interpuso dentro del plazo regulado en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, el presente recurso, idéntico al recurso 1808/2021, resuelto recientemente por este Tribunal mediante la Resolución 36/2022, de 14 de enero, se fundamenta, en primer y segundo lugar, en la exigencia de la implantación paulatina de un concreto sistema –el ASFA DIGITAL– en la maquinaria a utilizar en la ejecución del contrato, destinado básicamente al premantenimiento y mantenimiento de vías –y que tiene su lógica consecuencia en la exigencia del personal a disposición del servicio de la cualificación precisa para acreditar estar en posesión de las habilidades necesarias para su manejo (así, dos de los trabajadores a adscribir a la ejecución del contrato cuentan con la licencia de maquinista tipo “A”)–. Entiende la actora que ello contraviene la normativa sectorial ferroviaria y excede de las obligaciones exigibles a las empresas contratistas del servicio de mantenimiento, pues no prestan servicios de transporte de viajeros o mercancías por ferrocarril, que son las únicas reglamentariamente obligadas a ofrecer dicho sistema de seguridad y no el analógico.



Para resolver esta cuestión debe partirse de la doctrina general de este Tribunal sobre las facultades del órgano de contratación en la redacción de los pliegos y su discrecionalidad técnica como principio rector. Así en su Resolución 1248/2020, de 20 de noviembre, ya se afirma en abstracto, que:

«En este punto, recordamos la doctrina del Tribunal acerca de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, citando por todas la Resolución nº 805/2020: «Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él. “Si bien reconocíamos también la necesidad de que ‘el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad’. A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, nuestra competencia sólo nos permite anular los criterios valorativos ligados a las especificaciones técnicas definitorias del objeto a suministrar si se incurre en infracción de ordenamiento jurídico, o en patente error o desviación de poder, de modo que dichas características resulten patentemente inidóneas –no relacionadas con el objeto del contrato-o irrazonables y desproporcionadas”»».

Pero es más, en un asunto más cercano por su objeto contractual –aunque se aprecien diferencias en su planteamiento–, en la Resolución 391/2016, de 20 de mayo, de este Tribunal, en el que se impugnaban pliegos que habían de regir el “procedimiento restringido para la adjudicación del suministro y mantenimiento integral de Trenes de Alta Velocidad”, ya se razonaba, también, lo siguiente al respecto:

«B. Exigencia de que los trenes a suministrar estén equipados con los sistemas de señalización KVB y ASFA Digital

En primer lugar, al respecto de esta alegación, debe decirse que, tal y como señala la entidad contratante, el recurrente no ha acreditado en absoluto la existencia de este monopolio de hecho. La prueba propuesta en el otrosí de la reclamación, se refiere



exclusivamente a la titularidad de uno de los otros licitadores respecto de alguno de los sistemas exigidos, pero en absoluto acredita que tal titularidad suponga un monopolio sobre su fabricación, razón por la cual su práctica resulta innecesaria y por ello inadmisibile. En todo caso, y aun admitiendo la existencia de tal monopolio, el recurrente basa sus alegaciones en una hipotética y eventual actuación anticompetitiva por parte de quien ostentaría tal monopolio, circunstancia que, como tal, es ajena al órgano de contratación y que no es provocada por éste, sino por el ejercicio de los derechos de exclusiva que ostentan terceras personas. Conviene aclarar en este punto que la entidad contratante tiene la obligación de no introducir exigencias técnicas, condiciones de aptitud, criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución que puedan ser discriminatorias, pero tal obligación no implica que la entidad contratante esté obligado a remover cualquier posible ventaja con la que cuenten los distintos licitadores como consecuencia de circunstancias o hechos ajenos al propio órgano de contratación, que es lo que parece pretender el recurrente. Si el sistema de señalización de los trenes exigido en el pliego está protegido por un derecho de patente a favor de uno o varios operadores económicos es una situación jurídica que no ha sido provocada por la entidad contratante, ni es por tanto obligación de la entidad contratante efectuar las gestiones necesarias para evitar o resolver los problemas que las normas de protección de la propiedad intelectual o industrial puedan causar a los licitadores. En todo caso, una eventual actuación anticompetitiva por parte de quienes presuntamente ostentarían tal monopolio, siempre podría ser combatida por el recurrente, caso de resultar adjudicatario, a través del ejercicio de las correspondientes acciones contra lo que constituiría un abuso de posición dominante y como tal una actuación ilegítima por parte de quien ejerza tal abuso, pero no por parte de la entidad contratante. En este sentido, lo único verdaderamente relevante es establecer si efectivamente la utilización de los concretos sistemas de señalización exigidos en el pliego es necesaria para la consecución de los objetivos pretendidos por el contrato o si, por el contrario, dicho objetivo podía lograrse mediante el uso de otros sistemas equivalentes. Pues bien, a la vista de las alegaciones del recurrente (párrafos 143 y 145) y, sobre todo del informe de la entidad contratante, puede concluirse que el uso de esos concretos sistemas son una exigencia de las normas que regulan la homologación y por tanto posterior circulación de los trenes de conformidad con el ordenamiento jurídico español y francés. De este modo, el propio



licitador reconoce que sin tales sistemas el tren no puede circular, si bien lo que propone es que sea la entidad contratante quien adquiriera los sistemas, poniéndolos a disposición de los licitadores, lo que resulta de todo punto improcedente. Como hemos dicho, la entidad contratante tiene prohibido establecer requisitos que supongan una discriminación o ventaja para determinados licitadores, pero no está obligado a remover cualquier obstáculo que las características objetivas de la licitación supongan para determinados operadores. Acreditado que los sistemas exigidos son absolutamente necesarios para que los trenes objeto de suministro puedan circular por las vías españolas y francesas, que es precisamente el objetivo esencial de la licitación, el criterio no puede ser considerado discriminatorio y por tanto la reclamación debe ser desestimada también en este punto».

En el supuesto aquí analizado, más que sobre una cuestión lesiva de la competencia, el recurso se funda en que el sistema de referencia no resulta exigible legalmente a empresas de mantenimiento ferroviario según las normas reguladoras de la circulación y de la seguridad ferroviarias. No obstante, y siendo uno de los límites del poder discrecional descrito el carácter antijurídico de la prescripción técnica exigida, lo cierto es que aquí no se aprecia que se vulnere norma alguna por la exigencia de referencia y se justifica, por lo demás, su exigencia en el caso concreto. En efecto, y de acuerdo con el informe del órgano de contratación, así como con el informe técnico que acompaña al mismo, que destaca lo siguiente:

1. Por un lado, y, en primer término, la normativa sobre materia ferroviaria no contiene ningún precepto que prohíba que la maquinaria de mantenimiento se configure de acuerdo con un sistema de seguridad u otro. Simplemente lo exige a ciertas entidades. No obstante, el artículo 64.5 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, se refiere –entre otros agentes con posible incidencia en la seguridad de la explotación del sistema ferroviario– a las entidades encargada y prestadoras de servicios de mantenimiento, estableciendo que éstas: *«aplicarán las medidas necesarias de control de riesgos, en su caso, cooperando con otros agentes y velarán por que los subsistemas, accesorios, equipos, y servicios que presten sean conformes a los requisitos y a las condiciones de utilización previstas a fin de que la empresa ferroviaria o el administrador*



de infraestructuras ferroviarias de que se trate pueda utilizarlos de manera segura». En ningún caso prohíbe que hayan de adaptarse, por tanto, a lo que requiera el servicio que prestan bajo determinadas circunstancias.

Con ello cabe admitir la exigencia –por parte del administrador de la infraestructura– de la adecuación de sus equipos para su utilización segura; de ahí que quede abierta la posibilidad, precisamente, de que la contratación licitada por dicho administrador imponga las exigencias que considere oportunas a tal fin, que es justamente lo que aquí ha sucedido, aunque no sean exigencias que deriven de la normativa preexistente –en cuyo caso no sería siquiera preciso que apareciesen en los pliegos, pues emanarían precisamente de la norma obligatoria aplicable–.

2. El informe técnico recuerda, por otro lado, que: *«[...] debido a la amplitud del ámbito al que se aplica el servicio objeto del pliego, es indispensable disponer de la posibilidad de realizar traslados de maquinaria en el ámbito del contrato. Para poder realizar estos desplazamientos es obligatorio que las máquinas adscritas dispongan de sistema ASFA embarcado ya que, dichos desplazamientos, no pueden realizarse al amparo del régimen de vía bloqueada (que les permitiría hacerlo sin ASFA) ante la imposibilidad de compatibilizar los horarios con este tipo de régimen.*

Además, en momentos puntuales de circunstancias sobrevenidas (como temporales que impliquen nevadas, riesgos de inundaciones, vientos extremos, etc.) es necesario disponer de ese material rodante para realizar exploraciones en la infraestructura. Para la realización de dichas exploraciones y para los traslados anteriormente indicados es indispensable que las máquinas dispongan de sistema ASFA embarcado (ya que circularían como tren).

La maquinaria de vía y material rodante auxiliar, de acuerdo con lo definido en el Reglamento de Seguridad Ferroviaria se consideran trenes de trabajos, destinados a realizar operaciones de construcción o mantenimiento de la infraestructura ferroviaria, pudiendo circular entre la base y el punto de inicio de los trabajos como tren convencional, y operar al amparo de una EVB para la realización de los mismos.

De acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Circulación Ferroviaria, artículo 4.5.2.2.- Maquinaria de vía, en el apartado 2, La maquinaria de vía tendrá la consideración de tren, en sus traslados entre estaciones durante los cuales no realice trabajos propios de su actividad. En consecuencia, circulará al amparo del sistema de bloqueo establecido en la línea.

Estos dos usos de maquinaria están definidos en el punto 14.1 del PPTP».

Se trata esta última, frente a la alambicada interpretación de la normativa ferroviaria que sostiene la recurrente a fin de argumentar –en vano– que las exigencias contenidas en el pliego derivadas de la misma y que cuestiona sólo pueden resultar de obligado cumplimiento para los operadores con personas y mercancías, de una explicación razonable del parecer del órgano de contratación dado que persigue que se puedan favorecer traslados excepcionales por la línea férrea entre estaciones que no podrían ser realizados por la maquinaria en cuestión, si no contasen con cuanto exige el pliego impugnado en tanto que –legalmente– los vehículos con que se prestará el servicio son también trenes; y, en particular, con dicho sistema en su versión digital. Las necesidades del servicio contratado por tanto justifican el ejercicio del poder discrecional por el órgano.

Y otro tanto sucede con la exigencia de que dos de los trabajadores a adscribir a la ejecución del contrato cuenten con la licencia de maquinista tipo “A”, sentando al carácter legal de tren respecto a la maquinaria que van a manejar. Por las razones ya expuestas, como atinadamente apunta el órgano de contratación, éste ha ejercido correctamente la discrecionalidad técnica de que goza para fijar las condiciones en que habrá de prestarse el servicio, pues de modo razonado y razonable –y de acuerdo con la normativa ferroviaria– ha justificado las exigencias contenidas en los pliegos impugna dos; también las dos que se combaten por la recurrente.

En consecuencia, y de acuerdo la doctrina y los motivos expuestos, no procede sino la desestimación de este recurso del motivo.

Sexto. A continuación, el recurso se funda en considerar que las obligaciones y penalidades que contienen los apartados noveno, decimotercero y decimocuarto del PCT

contienen obligaciones propias del pliego de cláusulas administrativas y no previstas en éstas, infringiendo los artículos 124 a 126 de la LCSP, por exceder el contenido propio de dicho pliego.

Interesa, a los efectos de este recurso, reproducir lo previsto en los artículos 122 y 124 de dicha norma legal:

«Artículo 122. Pliegos de cláusulas administrativas particulares.

(...) 2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.

Los pliegos podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 308 respecto de los contratos de servicios.

Los pliegos deberán mencionar expresamente la obligación del futuro contratista de respetar la normativa vigente en materia de protección de datos (...)

3. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el apartado 1 del artículo 192, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma, en especial cuando se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el



carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en la letra f) del apartado 1 del artículo 211. Asimismo, para los casos de incumplimiento de lo prevenido en los artículos 130 y 201”.

“Artículo 124. Pliego de prescripciones técnicas particulares.

El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones».

Es preciso traer a colación la clara doctrina expresada por este Tribunal, entre otras, en la Resolución nº 836/2015, de 18 de septiembre, sobre el distinto contenido que es propio del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas. En ella se razona en su Fundamento séptimo:

«El PCAP incluye los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, en particular y por lo que aquí importa, los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones, y los criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia, y su ponderación (artículos 115.2 del TRLCSP y 67.2.h, e i, del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre -RGLCAP-) mientras que el PPT contiene las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, es decir las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, sin que el PPT pueda contener declaraciones o cláusulas que deban figurar en el PCAP (artículos 116.1 del TRLCSP y 68.1.a y 3 del RGLCAP).

De ello resulta que es al PCAP y no al PPT al que corresponde especificar los criterios de adjudicación, su valoración, y los documentos que han de presentarse a la licitación, teniendo cualquier prescripción referida a tales extremos que se contenga en el PPT carácter meramente complementario de lo señalado en el PCAP, debiendo interpretarse siempre lo contenido en el PPT sobre tales extremos conforme a lo establecido en el PCAP, dando preferencia a lo dispuesto en éste sobre aquel, y en caso que se produzca una contradicción insalvable entre uno y otro, ateniéndose exclusivamente a lo establecido en el PCAP».

Y en íntima conexión con el supuesto aquí analizado, en su Resolución 1225/2020, de 13 de noviembre, este Tribunal ya vino a abordar una cuestión muy similar con idénticas parte actora y órgano de contratación, tras extractar los preceptos aplicables de la LCSP, razonando que:

«Los artículos transcritos revelan la intención del legislador de configurar el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas como documentos con diferente contenido y finalidad, lo cual confirma el artículo 68.3 del RGCAP al establecer que, al recoger el contenido del PPT establece que “En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

En el caso que nos ocupa, queda patente que el PPT elaborado por ADIF, contiene disposiciones relativas a las obligaciones del contratista y las consecuencias del incumplimiento (régimen de penalizaciones), disposiciones estas que, según los artículos 122 de la LCSP y 67 del RGCAP son propias del PCAP, lo que nos lleva a reconocer la vulneración de la prohibición contemplada en el artículo 68.3 del RGCAP. En consecuencia, debe estimarse el primer motivo del recurso interpuesto».

Y esta doctrina, trasladada al caso de referencia, no se cohonestaba con los apartados noveno (número 3º) y decimotercero del PCT, que tratan del régimen de penalidades y descuentos –éste claramente– y sobre las obligaciones del contratista –éste, quizá, mas atenuadamente al revestir carácter genérico tal configuración de su esfera jurídica y reproducir, básicamente, el tenor de la ley–; por contra, el apartado decimocuarto de



dicho pliego (‘recursos asociados al contrato’), al desarrollar principalmente cuestiones de índole técnica sí se ajusta a aquella doctrina exteriorizada en otras Resoluciones, como la nº 165/2016, de 26 de febrero y que, no ha lugar, por tanto, reproche alguno.

Especial mención merece el régimen de penalidades que, sin perjuicio de cuanto se expone en el Fundamento de Derecho siguiente, ha sido duplicado por ambos pliegos pese al principio de especialidad que rige en sus respectivos ámbitos materiales (STS de 19 de mayo de 2021 –rec. nº 5436/2019–); y, más grave aún, cuando el PCT viene a innovar en cierta manera el PCAP al desarrollar las conductas –siquiera a modo de ejemplo– que dan lugar a la imposición de penalidad. Conclusión que ya conocía ADIF por mor de la citada Resolución 1225/2020, lo que resulta todavía más reprochable si cabe.

Por lo que procede acoger el motivo.

Séptimo. El último motivo de recurso es el relativo a la infracción por el PCT de lo dispuesto en el artículo 192 de la LCSP, por mor de la introducción del concepto ‘descuento’, en paralelo al de penalidad.

El citado precepto legal trata el incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso, admitiendo la imposición de penalidades en los términos siguientes:

«1. Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202.

Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

2. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo».

Sostiene el recurso que en la medida en que se introducen descuentos que «no se considerarán incluidos en el porcentaje anterior», que es el máximo de la penalización del 9% del canon total anual certificado, se está contraviniendo el texto anterior. Esos descuentos aparecen no sólo en el apartado 9 del PCT, sino en las cláusulas 5.2.5 y 5.2.6 del PCAP. En ella se recoge cómo –entre otras conductas– la falta de puesta a disposición de maquinaria de vía o de personal exigido, dará lugar a descontar el tiempo de fuera de servicio a precio del pliego.

El recurso se centra –como ya se ha expuesto– en los apartados 9.3.1, 9.3.5, 9.3.6, 9.3.14 y 9.3.15 del PCP.

Reconoce el órgano de contratación que, en todo caso, estos descuentos son penalidades, al igual que las restantes que sí reciben tal denominación, pero que se calculan sobre el valor del servicio dejado de prestar. Lo que parece ponerse en cuestión es que –al no incluirse su cuantía en el cómputo del máximo de penalizaciones sobre el canon total anual certificado– se está evitando la aplicación del artículo 192 antes indicado.

Sentado lo anterior, y conforme a lo reseñado en el Fundamento de Derecho precedente, cabe objetar que –partiendo de que la ubicación correcta del régimen de penalidades y descuentos era el PCAP y no el PCT, así como de que éste no podía incluir una regulación que innovara la contenida en aquél (lo que deberá tenerse en cuenta para la redacción, en su caso, de unos nuevos pliegos)–, las cosas son lo que son con independencia del nombre que se les dé; de ahí que, una vez admitido que ambos conceptos constituyen penalidad, las reglas para los dos –en especial, lo referente al procedimiento para su imposición– han de ser idénticas. Y esto es, precisamente, lo que se elude a propósito de los descuentos al poder aplicarse –conforme a los pliegos



impugnados– de plano y sin que el contratista tenga derecho a ser oído con carácter previo.

Y en cuanto a los límites porcentuales previstos en el artículo 192 de la LCSP, la vulneración de dicho precepto es evidente pues, pese a que el PCT fije unas cuantías de penalización del 9% del total del precio del contrato, año a año, y tal porcentaje sea claramente inferior al 50% del precio del contrato, sentado que tales descuentos constituyen un tipo de penalidad, al cuantificarse algunos de ellos con importes fijos [v.gr. 3.000 y 5.000 euros ante la imposibilidad de disponer de maquinaria de vía (apartados 9.3.5 del PCT y 5.2.5 del PCAP)], ello no garantiza el cumplimiento de los citados límites porcentuales fijados en el meritado artículo.

Y tal configuración del pliego impugnado, evidentemente, se compadece mal con el principio de proporcionalidad como postula acertadamente la parte actora.

En consecuencia, también este motivo ha de prosperar, y debe estimarse –en parte– el recurso, invalidando los pliegos impugnados con arreglo a lo razonado en este Fundamento de Derecho y en el anterior, y ordenando –como pretende la recurrente– la retroacción del procedimiento al momento anterior a la confección de dichos pliegos para la convocatoria –en su caso– de una nueva licitación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Único. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. M.S.L. en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, contra los pliegos que rigen la licitación convocada por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) de servicios de *“Mantenimiento y premantenimiento de infraestructuras, vías y aparatos de la vía de la Línea de Alta Velocidad Plasencia-Badajoz (Ámbito bases de Mérida y Cáceres)”*, nº de expediente: 2.21/21520.0114.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, conforme a lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.