



**Recursos nº 250/2013**

**Resolución nº219/2013**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 12 de junio de 2013.

**VISTA** la reclamación interpuesta por D. P.C.F.A. en nombre y representación de la CONFEDERACION NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra el Pliego de condiciones particulares para la adjudicación del contrato de "*ejecución de las obras del proyecto constructivo de renovación de vía Torrelavega-Santander*", Expediente número 3.13/27507.0064, convocado por la Entidad Pública Empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO.

**Primero.** La Entidad Pública Empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF), convocó a pública licitación, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 10 de mayo de 2013 y en el Boletín Oficial del Estado el 6 de mayo de 2013, así como el perfil del contratante, la adjudicación, por el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, del contrato de "*ejecución de las obras del proyecto constructivo de renovación de vía Torrelavega-Santander*". En dicho anuncio se hacía constar como fecha límite para la presentación de proposiciones el 2 de julio de 2013.

**Segundo.** El 24 de mayo de 2013 la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de condiciones particulares que ha de regir dicha licitación, a cuyo recurso fue asignado el número 250/2013.

**Tercero.** El 3 de junio de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que acordaba la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 103 y 105 de la Ley

31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en lo sucesivo, LCSE).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**Primero.** La recurrente califica su impugnación como una reclamación formulada al amparo de lo previsto en los artículos 101 y siguientes de la LCSE.

En este punto, debe tenerse presente que el artículo 16 LCSE establece que *“la presente Ley se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los 5.000.000 euros en los contratos de obras”*, importe que, en la licitación analizada, sería ampliamente rebasado, al cifrarse el valor estimado del contrato en una suma superior a los treinta y cinco millones de euros.

Partiendo de este hecho, atendido que ADIF es, como se ha dicho, una Entidad Pública Empresarial adscrita al Ministerio de Fomento, tal y como resulta del artículo 1 de su Estatuto, aprobado por Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, debe concluirse (con remisión a lo que luego se expondrá en el fundamento cuarto de esta resolución) que el contrato analizado es susceptible de impugnación por esta vía, correspondiendo a este Tribunal el conocimiento de la presente reclamación, a tenor de lo previsto en los artículos 3.1 y 101.a) LCSE, en relación con el artículo 41, apartados 1 y 5, y con el apartado 2 de la Disposición Adicional Octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

**Segundo.** De igual modo, habría de concluirse que la interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 104.2 LCSE.

**Tercero.** Finalmente, el análisis de los requisitos de admisibilidad del recurso debe concluir con afirmación de la plena legitimación de la actora, recordando que, como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones de este Tribunal, (entre ellas, las 29/2011 y 248/2012), *“parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos”*. Tal y como se argumenta en esas resoluciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el

concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente (verbigracia, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 mayo de 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto del recurso.

**Cuarto.** La recurrente, en forma que determina el contenido de los restantes alegatos de su reclamación, postula, en primer término, la nulidad del pliego de condiciones (y, en rigor, de la licitación como tal), alegando que es contraria a derecho la afirmación, contenida tanto en el punto I.6 del “Cuadro de características del contrato” como en la cláusula 38 del meritado pliego, por la que se dice sujeto el contrato a las previsiones contenidas en la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Considera, en efecto, que dichas previsiones adolecen de nulidad de pleno derecho al comportar la indebida exclusión de la que estima obligada aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Considera, en efecto, la actora que, si bien es cierto que el apartado 2 de la Disposición Adicional Octava del TRLCSP somete a las previsiones de la LCSE los contratos en ella comprendidos que sean concertados por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública (como es el caso de ADIF), no lo es menos que ello es así *“salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso, se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada”*.

Sobre esta base, advierte que el artículo 22.3 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario establece que *“el administrador de infraestructuras ferroviarias tramitará los expedientes de contratación relativos a la construcción o modificación de las infraestructuras ferroviarias y será competente para seleccionar al contratista al que se encomiende la ejecución del contrato, ajustando su actividad a las normas establecidas para las Administraciones Públicas en la Ley de Contratos del Sector Público”*, lo que, a su entender, obliga a concluir que toda obra relativa a las infraestructuras ferroviarias queda sometida al TRLCSP. Más aún, sostiene que del artículo 40.3 de la Ley 39/2003 se infiere que sólo es dable la contratación al amparo de lo dispuesto en la LCSE en lo que atañe a la prestación de *“servicios complementarios en la Red Ferroviaria de Interés*

*General y en las áreas de las zonas de servicio ferroviario administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias”.*

Tal alegato, así debe anticiparse, no puede prosperar.

En primer lugar, debe rechazarse la interpretación reduccionista que la actora hace del artículo 40.3 de la Ley 39/2003, pues, si bien de este precepto se infiere que los tales servicios complementarios pueden ser realizados a través de empresas contratistas seleccionadas con arreglo a la LCSE, ello no quiere decir que sea ésta la única categoría contractual en que ésta resulte de aplicación.

Muy al contrario, si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 22.3 de la Ley 39/2003 y tal y como ha afirmado este Tribunal en la resolución 270/2011, *“los procedimientos de licitación de ADIF están regulados por la LCSP para todos aquellos contratos de obras que tengan por objeto la construcción o modificación de la infraestructura ferroviaria”*, no lo es menos que resulta de aplicación la LCSE a *“los contratos de obras distintas a las antes citadas, suministros y servicios, cuyos importes superen los umbrales marcados en el artículo 16 de la citada Ley”*.

En este contexto, la cuestión esencial a dilucidar al examinar la alegación deducida por la actora es la de si el contrato examinado es (o no) un contrato de obras que tenga por objeto la construcción o modificación de infraestructura ferroviaria, tal y como aquélla alega, pues de tal configuración dependerá el régimen legal a que ha de sujetarse su adjudicación.

A tal fin, dejando al margen toda eventual elucubración teórica más o menos afortunada, es obligado atender a lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre que, dando desarrollo a la citada Ley 39/2003, vino en aprobar el Estatuto de la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias. En el citado precepto, bajo la rúbrica *“régimen jurídico de la contratación en el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias”*, y tras afirmar que *“la contratación de las obras de construcción o modificación de la infraestructura ferroviaria se llevará a cabo por el ADIF previa tramitación por el mismo del correspondiente expediente de contratación”*, se destaca, en términos que cobran especial relevancia para la resolución de esta reclamación, lo que sigue:

*“Se entenderá por obras de modificación de líneas ferroviarias las que impliquen alteraciones sustanciales del trazado de las mismas tales como obras de adecuación de su trazado a alta velocidad, obras de duplicación de la vía ferroviaria existente, variantes u otras obras de similares características.”*

Y se añade:

*“Tales contratos, salvo los que se refieran a obras de electrificación, señalización, mantenimiento de infraestructura y establecimiento de sistemas de control, circulación y seguridad de la infraestructura, tendrán carácter administrativo y se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, efectos y extinción, por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y demás disposiciones que la complementen y desarrollen.”*

A mayor abundamiento, en el apartado 2 del meritado artículo 13 se indica:

*“Los contratos de obras de electrificación, señalización, mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y gestión de sistemas de control, de circulación y de seguridad del tráfico ferroviario, así como el resto de los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al Ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, que celebre la Entidad se llevarán a cabo, previa la tramitación del correspondiente expediente de contratación y con sujeción a lo establecido en dicha Ley.”*

De la citada dicción reglamentaria se infiere, con toda claridad (y asumida la debida actualización de las referencias legales a ella incorporadas), que sólo quedan sometidos al TRLCSP los contratos de ejecución y modificación de infraestructuras ferroviarias, entendiéndose por tal modificación únicamente las tareas *“que impliquen alteraciones sustanciales del trazado de las mismas tales como obras de adecuación de su trazado a alta velocidad, obras de duplicación de la vía ferroviaria existente, variantes u otras obras de similares características”*. Y, en particular, se advierte que no constituirán modificación y, por ende, verán sometida su adjudicación a la LCSE, las obras *“de electrificación, señalización, mantenimiento de infraestructura y establecimiento de sistemas de control, circulación y seguridad de la infraestructura”*.

Llegados a este punto, y para determinar si el contrato ahora examinado comporta o no modificación de la infraestructura ferroviaria, es obligado reproducir la dicción del punto I.1 del cuadro de características del pliego de aplicación, donde se describe su objeto en los siguientes términos:

*"El objeto del contrato engloba principalmente las presentes actuaciones:*

- Actuaciones sobre la infraestructura. Mejora de las trincheras y de algunos terraplenes.*
- Mejora de los sistemas de drenaje: comprobación de las obras de drenaje transversal y ampliación de las mismas, cuando fuera necesario. Limpieza y ampliación de cunetas. Mejora de los sistemas de drenaje en las estaciones, mediante la ejecución de colectores bajo la playa de vías.*
- Renovación de la superestructura ferroviaria, para una mayor seguridad y confort, prolongando así la vida útil de los elementos. Adecuación de las instalaciones de seguridad y comunicaciones a las modificaciones efectuadas en la vía.*
- Adecuación de las instalaciones de electrificación a las modificaciones efectuadas en la vía, a la vez que se homogeniza la tipología de la catenaria con la del resto del tramo.*
- Restauración ambiental de las zonas afectadas por las obras.*
- Minimización de las afecciones medioambientales causadas por las obras. Dado que parte del tramo de vía a renovar discurre por zona urbana, se ha analizado especialmente el impacto sonoro de las obras en estas zonas. Se han previsto las medidas necesarias para minimizar dicho impacto".*

Atendida la descripción así realizada, considera este Tribunal, en una primera aproximación, que las tareas que constituyen objeto del contrato no comportan, en el sentido que a dicho término otorga el artículo 13 del Real Decreto 2395/2004, modificación de la infraestructura ferroviaria, pues no suponen alteración o duplicación del trazado de la vía ni adecuación del mismo a la alta velocidad, sino que se contraen, en rigor, al mantenimiento y renovación material de la infraestructura ya existente. En todo caso, esta conclusión se ve corroborada por el detallado informe elaborado por el Jefe de Área de Vía ADIF (que obra como documento 5 del expediente remitido, folios 63

a 65, y que, como documento administrativo que es, tiene la virtualidad probatoria que le atribuye el artículo 319.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), a cuyas consideraciones técnicas, coincidentes con el lego (desde el punto de vista técnico) parecer antes expresado, cabe hacer expresa remisión en ausencia de toda contradicción eficaz de la valoración en él plasmada por parte de la reclamante.

Debe, por ello, concluirse, con desestimación del alegato de la actora, en la plena aplicación a su adjudicación de las disposiciones de la LCSE, que no cabría en modo alguno tener por excluidas, a los efectos del apartado 2 de la Disposición Adicional Octava TRLCSP, por mor de lo previsto en el artículo 22.3 de la Ley 39/2003.

**Quinto.** En segundo lugar, si bien de forma íntimamente ligada con el alegato que se viene de examinar, la actora postula la nulidad de las cláusulas 26 y 15.2 del Pliego de condiciones, todo ello en relación con la posibilidad de renuncia a la revisión de precios y su ponderación como criterio de valoración de las ofertas.

En efecto, señala primeramente la reclamante que la cláusula 26, al permitir a los licitadores renunciar a la aplicación de la revisión de precios por el simple expediente de suscribir el modelo que, a tal fin, se incorpora como Anexo número 4 del pliego, incurre en manifiesta infracción del artículo 89.2 TRLCSP, del que, a su entender, se desprende que la exclusión de la revisión de precios exige, en todo caso, la previa adopción por el órgano de contratación de una resolución motivada en que así lo acuerde.

Tal alegato no puede prosperar, y ello, como es obvio, porque habiendo afirmado en el fundamento precedente que la presente licitación (de acuerdo con el apartado segundo de la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP) queda sometida a la LCSE, la invocación del artículo 89 TRLCSP deviene inhábil para sustentar la impugnación del pliego objeto de esta reclamación, siendo así que en aquélla no se contiene exigencia alguna homóloga a la que sirve de fundamento al alegato de la reclamante.

Por lo que se refiere a la cláusula 15.2, considera la actora que la inclusión de la eventual renuncia a la revisión de precios como uno de los criterios de valoración de las ofertas, asignándole una puntuación de 15 puntos sobre un total de 115, es contraria a derecho, por comportar vulneración del aludido artículo 89.2 TRLCSP así como del irrenunciable principio del equilibrio económico del contrato e impedir la recta aplicación de la previsión

de la cláusula 14 del Pliego (relativa a las ofertas con valores anormales o desproporcionados), alegato que se combina con referencias a la proscripción del fraude de Ley y al instituto de la desviación de poder.

Sobre este particular, valga, en cuanto atañe a la pretendida infracción del artículo 89.2 TRLCSP, reiterar lo ya indicado con anterioridad sobre la improcedente aplicación de dicho texto normativo al supuesto analizado. En cuanto a las restantes consideraciones de la actora, 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.

Por otro lado, no cabe obviar que la aplicación de la voluntaria renuncia a la revisión de precios como uno de los criterios de valoración de las ofertas encuentra amparo en la previsión del artículo 61 LCSE, en el que, bajo la rúbrica "criterios de valoración de las ofertas" y tras afirmar que *"para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato"*, se enumera a título enunciativo como uno de ellos (con empleo de la expresión "tales como") a *"la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio"*, expresión que, a todas luces, debe tenerse por alusiva a la revisión de precios.

En este sentido, es obligado traer a colación (pues, no obstante contraerse al artículo 87 de la pretérita Ley 13/1995, de 18 de mayo, sus consideraciones conservan plena validez) lo afirmado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su dictamen 45/1996, de 22 de julio, en la que se dice, abundando en el carácter enunciativo de la enumeración legal de criterios de adjudicación:

*"En cuanto al tercer extremo consultado -si entre los criterios objetivos para la adjudicación del concurso que enumera el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas puede incluirse el índice o sistema de revisión y no exclusivamente la fórmula- todas las dificultades que puedan plantearse deben desaparecer si se tiene en cuenta que el citado artículo 87, aparte de la exigencia de que*



*los criterios de adjudicación del concurso sean objetivos se limita a realizar una enumeración ejemplificativa o no exhaustiva al encabezar esta enumeración, en la que figura la fórmula de revisión, con la expresión "tales como", por lo que debe concluirse que, por concurrir el mismo carácter de objetividad, entre los criterios de adjudicación del concurso, pueden figurar no sólo la fórmula de revisión, sino también el índice o sistema de revisión".*

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.

Por otro lado, y en lo que se refiere a la supuesta incompatibilidad de dicha eventual renuncia con la previsión de la cláusula 14 sobre las ofertas con valores anormales o desproporcionados, es de destacar que, como puede comprobarse con la simple lectura de tal cláusula, ésta descansa en la estricta comparación de las ofertas económicas realizadas por los licitadores, con abstracción de dicha eventual renuncia. Por tanto, la cláusula 15.2 no distorsiona ni impide la debida aplicación de las fórmulas de la cláusula 14, ni introduce heterogeneidad en los términos que son objeto de comparación a su amparo.

Finalmente, no es dable apreciar que las cláusulas impugnadas incurran en fraude de Ley o desviación de poder.

En efecto, no existiendo norma infringida (una vez descartada la aplicación del artículo 89.2 TRLCSP) la invocación del fraude de Ley deviene inatendible, pues aquélla es premisa inexcusable de tal instituto.

En cuanto a la desviación de poder, no se aprecia que las cláusulas impugnadas persigan una finalidad espúrea o ajena a la procura de la oferta económicamente más ventajosa, a la que ha de encaminarse el procedimiento de adjudicación, tal y como prescribe el artículo 61 LSCE. La eventualidad, a que la actora alude, de que los licitadores puedan acogerse, para optimizar su puntuación, a la renuncia a la revisión de

precios, compensando, de este modo, dicha renuncia con una eventual elevación de lo que sería su oferta económica natural, no pasa de ser una mera conjetura y, en todo caso, no fundamentaría el alegato de desviación de poder opuesto. En efecto, el eventual ejercicio de economías de opción por los licitadores, incluso si llegase a neutralizar los fines perseguidos por la Administración, no comporta, en modo alguno, que la actuación administrativa haya perseguido 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.

Debe, por todo ello, desestimarse la reclamación hecha valer.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Desestimar la reclamación interpuesta por D. P.C.F.A. en nombre y representación de la CONFEDERACION NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra el Pliego de condiciones particulares para la adjudicación del contrato de “*ejecución de las obras del proyecto constructivo de renovación de vía Torrelavega-Santander*”, Expediente número 3.13/27507.0064, convocado por la Entidad Pública Empresarial “Administrador de Infraestructuras Ferroviarias” (ADIF).

**Segundo.** Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en resolución de 3 de junio último, de conformidad con lo establecido en los artículos 103 y 105 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 LCSE.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con 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.