



Recurso nº 1469/2020

Resolución nº 260/2021

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

En Madrid, a 12 de marzo de 2021.

VISTA la reclamación interpuesta por D. F.O.D., en nombre y representación de THALES ESPAÑA GRP, S.A.U (en adelante, THALES), contra el acuerdo de desistimiento de la licitación convocada por ADIF-ALTA VELOCIDAD para contratar la *“Redacción del proyecto constructivo y ejecución de obras de renovación de las instalaciones de señalización, ertms, dco`s y telecomunicaciones fijas de la línea Madrid-Sevilla”*, expediente 3.19/20810.0066; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Los pliegos que rigen la presente 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 Alta Velocidad de fecha 20 de diciembre de 2019, por un importe máximo de licitación de 108.382.553,39 € IVA excluido (131.142.889,60 € con IVA), un plazo de ejecución de cincuenta y dos meses (52) meses, habiendo sido autorizada la celebración del contrato por la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana en fecha 20 de enero de 2020.

El anuncio de licitación fue publicado el 11 de febrero de 2020 en el DOUE, el 13 de febrero de 2020 en el BOE y el día 10 de febrero de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Con posterioridad se publicaron anuncios rectificativos en los medios anteriormente citados, justificadamente por la Covid 19, quedando fijadas las fechas definitivamente como se indica: 12 de junio de 2020 fecha límite de recepción de ofertas y 24 de julio de 2020 fecha de apertura del sobre nº 2.



Segundo. El procedimiento de adjudicación del Contrato se configuró como procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, en base a la mejor relación calidad precio con arreglo a lo previsto en los artículos 58, 60 y 61 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 adelante, LCSE).

La aplicabilidad de dicha norma al contrato, proviene de que el Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RD-Ley 3/2020) entró en vigor con posterioridad al inicio del expediente: en efecto, de acuerdo con su Disposición Transitoria primera en relación con su Disposición Final sexta, la entrada en vigor de su libro primero, el que versa sobre esta materia, tuvo lugar a los 20 días de su publicación en el BOE, producida el 5 de febrero y por tanto, después de la publicación del procedimiento de licitación –entre el 10 y el 13 de febrero en todo caso-, que es el hito considerado para entender iniciado un expediente a los efectos de someterse a un régimen u otro según la propia Disposición Transitoria mencionada. Ello afecta también a su eventual desistimiento –que forma parte de la preparación y adjudicación del mismo- y a los recursos o reclamaciones ulteriores (de acuerdo con su artículo 119), este es aplicable a los contratos regidos por tal Real Decreto Ley, no a los regidos por la norma del 2007 derogada, lo que se aclara porque parece negarse en la reclamación presentada. En todo caso la aplicación de uno u otro régimen es inocua a los efectos de la presente reclamación.

Tercero. Con fecha 26 de febrero de 2020, en la Plataforma de Contratación del Sector Público se plantea la siguiente cuestión:

“En relación a la pregunta anterior (Memoria del Proyecto Funcional, página 38, “Para la transmisión de las informaciones entre el nuevo enclavamiento y el sistema LZB se tendrá que instalar un interfaz serie entre...”), ¿sería posible implementar entre los nuevos enclavamientos y la central LZB una interfaz paralelo?”

Respondiendo lo siguiente ADIF-Alta Velocidad:



“La propuesta técnica que desarrolla el proyecto funcional objeto de la presente licitación desarrolla una solución que, entre otras consideraciones, mantiene en explotación de manera simultánea los sistemas de protección de tren ERTMS (que se incorpora paulatinamente) y LZB durante todo el ciclo de vida del proyecto coexistiendo una vez finalizado el mismo. Serán consideradas soluciones alternativas que aborden un planteamiento exclusivo entre los sistemas, de manera que se pueda prescindir de LZB según entre en explotación el sistema ERTMS siempre que el planteamiento esté articulado en las mismas fases consideradas en la solución de partida. Todas las ofertas deberán incluir dentro de sus proposiciones económicas la totalidad de las partidas presupuestadas relacionadas con el sistema de protección de tren del que se prescinde, independientemente de que sean o no objeto de la solución propuesta.”

Cuarto. En fecha 23 de septiembre de 2020 se firma por el Director General de ADIF Alta Velocidad, a propuesta del Subdirector de Instalaciones y Visto Bueno del Director Técnico y el Director General de Conservación y Mantenimiento (documento nº 41) el Informe Propuesta de Desistimiento del Expediente de contratación dónde señala:

“Entendiendo que, tras las consultas realizadas por las empresas licitadoras, una de las respuestas dadas haya sido que “... serán consideradas soluciones alternativas que aborden un planteamiento exclusivo entre los sistemas, de manera que se pueda prescindir de LZB según entre en explotación el sistema ERTMS...”, supone la alteración de las condiciones recogidas en el pliego que rige la licitación, y por lo tanto se haya permitido la presentación de ofertas que no se ajustan a los términos del pliego.

Dado que, en base a la respuesta anterior, han sido admitidas y valoradas todas las ofertas presentadas en la fase de valoración y se han procedido a la apertura económica de las mismas, no es posible invalidar la respuesta y, en consecuencia, algunas de las propuestas presentadas han tenido dicha respuesta en consideración, que se ve reflejada en la solución de la oferta correspondiente.



Todo ello lleva a solicitar el desistimiento en la licitación del expediente 3.19/20810.0066 para la REDACCIÓN DE PROYECTO CONSTRUCTIVO Y EJECUCIÓN DE OBRAS DE RENOVACIÓN DE LAS INSTALACIONES DE SEÑALIZACIÓN, ERTMS, DCO'S Y TELECOMUNICACIONES FIJAS DE LA LÍNEA MADRID-SEVILLA por haberse producido una infracción no subsanable."

Con fecha 7 de octubre de 2020, el Director de Asesoría Jurídica de ADIF (documento nº 42), emite informe favorable sobre la propuesta de desistimiento del expediente.

Quinto. Con fecha 28 de octubre de 2020, la presidenta de ADIF-Alta Velocidad eleva la propuesta de desistimiento al Consejo de Administración de ADIF-Alta Velocidad, acordando éste el desistimiento del expediente de contratación en su sesión del 24 de noviembre de 2020. Con fecha 26 de noviembre de 2020 se comunica el Acuerdo del Consejo de Administración del ADIF-Alta Velocidad a las empresas licitadoras, reiterando la comunicación el 1 de diciembre de 2020, publicándose los anuncios de desistimiento en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 26 de noviembre de 2020, en el BOE el 3 de diciembre de 2020 y en el DOUE en fecha 2 de diciembre de 2020 (documentos nº 43 a 49 del expediente).

Sexto. Con fecha de 21 de diciembre de 2020, la reclamante presentó en el Registro de este Tribunal reclamación especial en materia de contratación contra la resolución de referencia.

Séptimo. Con fecha de 23 de diciembre de 2020, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel.

Octavo. En fecha 13 de enero de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación interpuesta a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 20 de enero de 2021 se presentan alegaciones por la entidad SIEMENS RAIL AUTOMATIO, S.A.U.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla 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 trasponen 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) –en relación con el artículo 101.1 de la LCSE, actual 120 del RD-Ley 3/2020-.

Segundo. La recurrente THALES está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 102 de la LCSE y 48 de la LCSP, al haber concurrido a la licitación. Establece dicho precepto que:

“Podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación.”

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.



Tercero. Tratándose de un acuerdo adoptado en el procedimiento de un contrato mixto de servicios y obra, sujeto a regulación armonizada, con valor estimado de 108.382.553,39 €, IVA excluido, es susceptible de reclamación especial en materia de la contratación.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación, debe indicarse que la reclamante la interpuso no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles de acuerdo con los artículos 104.2 de la LCSE y 50.1 de la LCSP.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la reclamación se fundamenta, en síntesis, en un argumento, la falta de motivación del acuerdo de desistimiento. Pero el objeto de ello es que en realidad lo que procede es la exclusión de la mejor puntuada por no cumplir los requisitos del pliego. Lo que se viene a decir, pues, es que SIEMENS no puede ser adjudicataria porque, aunque cumpla su oferta la aclaración en su día ofrecida por ADIF en respuesta a las dudas de los licitadores, al ser dicha aclaración contraria a los pliegos, la oferta final es contraria a los pliegos y por tanto no admisible.

El artículo 86 de la LCSE relativo al desistimiento del procedimiento de adjudicación por parte de la entidad contratante, dispone que:

“La entidad contratante podrá desistir del procedimiento de adjudicación de un contrato iniciado, con anterioridad a su adjudicación, siempre que exista causa que lo justifique y se determine en la resolución que se adopte a tal fin, debiendo comunicar tal decisión a los operadores económicos que hubieran presentado una oferta o que hubieran solicitado participar en el mismo.”

Esta regulación presenta alguna diferencia con el artículo 152 de la LCSP, que distingue el desistimiento del procedimiento de adjudicación –por concurrencia de errores insubsanables en los mismos- de la decisión de no adjudicación o celebración de un contrato, disponiendo lo siguiente en lo que nos concierne:

“1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o



licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.”

Normas de tal naturaleza son compatibles con el derecho de la Unión, como puede extraerse de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440-13, que recoge el criterio de interés público como justificativo incluso de la revocación de la licitación.

Lo que sí exige la doctrina del TJUE es el alcance de la obligación de comunicación de la motivación de la renuncia, en la Sentencia de 18 de junio de 2002 (Caso Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Plaunungs-Gesellschaft mbH (HI) contra Stadt Wien), indicando que “la exigencia de comunicación de los motivos que subyacen al acuerdo por el que se cancela la licitación, establecida en el artículo 12, apartado 2, de la Directiva 92/50, obedece precisamente al empeño de garantizar un mínimo de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos a los que se aplica esta Directiva y, por lo tanto, la observancia del principio de igualdad de trato.

En el presente caso, el acuerdo es de desistimiento de acuerdo con la Ley que rige el contrato, la LCSE, pero la causa elegida para el mismo, es en concreto la que, además, de modo más restringido, faculta el desistimiento de la normativa general, que solo se puede fundar, como hemos visto, en defectos procedimentales, que tiene naturaleza reglada y



que precisamente no excluyen la nueva licitación –interpretación conjunta de ambos preceptos ya abordada por ejemplo en la Resolución nº 97/2019.

Sexto. Expuesto lo anterior, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre esta potestad. En este sentido, por ejemplo, la Resolución nº 323/2016, de 29 de abril, afirma que:

«El desistimiento se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurren los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato...Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurren los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato».

La Resolución nº 642/2020 añade que:

“El carácter excepcional de este mecanismo determina que se trate de una potestad reglada basada en dos razones objetivas: 1) un defecto insubsanable de las normas de preparación; 2) la necesidad de salvaguardar el interés público en el procedimiento de contratación. En este último punto debemos tener en cuenta que, en el desistimiento, a diferencia de en la renuncia, no se produce una desaparición sobrevinida de la necesidad de contratar, sino tan sólo la necesidad de reiniciar el procedimiento; no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad



de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad.”

Del conjunto anterior, el desistimiento, tal como se ha articulado en este caso, con la gran amplitud con que se recoge en la LCSE aplicable –que no diferencia desistimiento estricto sensu de renuncia-, pero utilizando en concreto un concepto que también sería susceptible de acogida con la LCSP en su sentido propio, exige que se haga:

- a. De manera motivada
- b. En virtud de un defecto procedimental o una infracción del ordenamiento jurídico de carácter insubsanable. En cuanto al carácter insubsanable de la infracción, es preciso recordar que no toda irregularidad o vicio en el procedimiento tiene esta consideración. Es necesario que exista una infracción de las normas de preparación o del procedimiento y que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables.
- c. Antes de la adjudicación
- d. Con comunicación posterior a los interesados.

Cumplidos los dos últimos requisitos, eminentemente formales y no controvertidos, se cuestionan, como adelantábamos, los dos primeros.

Séptimo. Acerca de la motivación de la resolución, de acuerdo con justificación que obre en el expediente, resulta, como hemos visto, que la misma se recoge en el acuerdo de desistimiento, que textualmente indica, según certificado (documento nº 44) que reproduce la propuesta, lo siguiente:

“Durante las consultas realizadas por las empresas licitadoras en fase de presentación de ofertas, una de las respuestas dadas a los licitadores por parte de los servicios técnicos fue que “... serán consideradas soluciones alternativas que aborden un planteamiento exclusivo entre los sistemas, de manera que se pueda prescindir de LZB según entre en explotación el sistema ERTMS ...”.

Dicha respuesta ha supuesto la alteración de las condiciones recogidas en el Pliego que rige la presente licitación, permitiendo la presentación de ofertas no ajustadas a los términos del mismo.

Admitidas y valoradas todas las ofertas presentadas, y una vez se ha procedido a la apertura económica de las mismas, no es posible continuar con el procedimiento ya que algunas de las propuestas presentadas han tenido dicha respuesta en consideración, reflejándola en la solución de la oferta correspondiente.”

Añade el acuerdo las normas de aplicación, por un lado –que permiten entender que se han admitido propuestas contrarias a los pliegos, por indicación equivocada de las respuestas dada a los licitadores- y en particular, que *“Todo ello lleva a considerar justificada la solicitud de desistimiento del procedimiento de adjudicación de la presente licitación, ordenando el archivo del expediente de contratación”*, solicitud o propuesta que se menciona más arriba con fecha incluida, 23 de septiembre de 2020 al igual que se menciona de forma expresa y con fecha incluida el informe de la Asesoría Jurídica, que también obra en el expediente.

No está de más añadir dos aspectos más sobre la motivación de los actos administrativos:

Sobre el contenido de la motivación, de la consolidadísima jurisprudencia de los tribunales pueden extraerse las notas reguladoras del contenido de la motivación de los actos administrativos que ha de permitir que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión el cómo, cuándo, y porqué de la decisión administrativa, al objeto de poder articular su defensa, pues se halla orientada a que el interesado pueda contar con los medios de defensa necesarios para impugnar la actuación de la Administración (TS 7-10-98, EDJ 30804). Ahora bien, eso no quiere decir que la justificación tenga que ser prolija, casuística y exhaustiva (TS 19-1-87, EDJ 337). Puede ser escueta y breve, siempre que permita conocer la razón esencial de decidir de la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada posible defensa (TS 27-12-99, EDJ 49540), permitiendo también, a su vez, a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto (Const art.106.1). En suma, basta con que sea racional y suficiente (TS 9-7-86; TCo 37/1982), lo que implica que, a mayor complejidad técnica de la materia a que se refiere el acto administrativo, mayor es la exhaustividad exigible.



Sobre la motivación por remisión o aliunde la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2017 ya recuerda que se adecúa a las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 de la Constitución española, siempre que el reenvío se produzca de forma expresa e inequívoca y la cuestión sustancial de que se trate hubiera sido decidida en la resolución a la que se remite, según ha reiterado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 144/2007 (FJ 3º) (EDJ 2007/69775):

«(dentro de las modalidades que puede revestir la motivación hemos afirmado que la fundamentación, por remisión o aliunde -técnica en virtud de la cual se incorporan a la resolución que prevé la remisión los razonamientos jurídicos de la decisión o documento a la que se remite (ATC 207/1999, de 28 de julio, FJ 2)- "no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia constitucional contenida en el derecho fundamental" a la tutela judicial efectiva (entre otras muchas, SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 2 (EDJ 2000/20472); 8/2001, de 15 de enero, FJ 3 (EDJ 2001/38), in fine; 13/2001, de 29 de enero, FJ 2; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; 171/2002, de 30 de septiembre, FJ 2; y ATC 194/2004, de 26 de mayo, FJ 4 b) (EDJ 2004/267082); en términos similares, SSTC 115/2003, de 16 de junio, FJ 8 (EDJ 2003/30600); 91/2004, de 19 de mayo, FJ 8 (EDJ 2004/30445); 113/2004, de 12 de julio, FJ 10 (EDJ 2004/92378); 75/2005, de 4 de abril, FJ 5 (EDJ 2005/23716); y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3 (EDJ 2005/130806)), siempre y cuando dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca (STC 115/1996, de 25 de junio, FJ 2 b)) (EDJ 1996/3445) y que la cuestión sustancial de que se trate se hubiera resuelto en la resolución o documento al que la resolución judicial se remite (SSTC 27/1992, de 9 de marzo, FJ 4 (EDJ 1992/2277); y 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 5 (EDJ 2004/174008); y ATC 312/1996, de 29 de octubre, FJ 6) (EDJ 1996/52399)».

Aplicado ese complejo jurisprudencial al presente asunto, es evidente que el acto se halla suficientemente motivado: en primer lugar, de acuerdo con el contenido del propio acto, pues se sabe por qué se desiste, esto es, porque considerando que se dio una respuesta equivocada a una pregunta de un licitador, algunos de ellos presentaron ofertas que asumían la respuesta, que revisada, sin embargo, es contraria a los pliegos, "lex contractus". En segundo lugar, por referirse expresamente a los diferentes informes, y en

particularidad a la propuesta sobre la que se resuelve y al informe de la Asesoría Jurídica que se une al expediente abundando en el contenido del acuerdo.

Octavo. Queda por tanto analizar el contenido intrínseco de dicha motivación y si recoge un defecto insubsanable del procedimiento.

Nos indica la reclamación que no, extractando parcialmente el contenido de la respuesta. Dice que la respuesta decía que en caso de que las propuestas que no garantizasen la funcionalidad LZB tras la instalación de la funcionalidad EMRTS *“serán consideradas soluciones alternativas”* y que precisamente los pliegos decían que las variantes o alternativas a los pliegos no estaban permitidas.

Lo cierto es que como transcribimos más arriba, la respuesta era más larga e indicaba que serán consideradas soluciones alternativas, pero no para su exclusión sino para su inclusión *“de manera que se pueda prescindir de LZB según entre en explotación el sistema ERTMS”*. La confirmación de que la respuesta permitía la presentación de la oferta con la variante sobre la que se preguntaba es que, de hecho, no se excluyó a ninguna licitadora por este motivo (acto posterior que permite la interpretación de la voluntad de quien respondió, por recoger criterio interpretativo, más allá del literal, que también recoge el Código Civil, al que se refiere la reclamación).

Este era precisamente el problema que creaba tal respuesta, que admitía variantes o alternativas mediante respuesta –si bien no vinculante- que los pliegos no permitían. Lo que ocurre es que si esa interpretación ofrecida por una respuesta, incluso de modo no vinculante, es contraria a los pliegos, induce a error a todos los licitadores, de modo que pueden presentar propuestas contrarias a los pliegos que deberían ser a la postre y en puridad, excluidas o no valoradas. Pero el origen de las propuestas defectuosas no sería imputable al licitador –como la reclamación pretende- sino a la errónea respuesta. Por eso la solución del error en tales casos no consiste en la exclusión sino en el desistimiento dada la insubsanabilidad del error. Eso es lo que se pretendió evitar por el órgano de contratación, pues una vez avanzado el procedimiento, el defecto de las ofertas realizadas bajo premisas interpretativas erróneas es insubsanable.



Por tanto, llegado al punto en que un licitador presenta ofertas conforme al pliego y otro conforme a una aclaración contraria al mismo, la eventual adjudicación resultará nula por infringir el principio de igualdad entre los licitadores. Para evitar dicho efecto indeseado, cabe acudir al desistimiento.

Esto es lo que en cierta medida se extrae de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2018, nº 269/2018, Recurso nº 2725/2015

“Así, pues, manteniéndose el presupuesto fijado por la sentencia, la existencia de una contradicción susceptible de causar confusión a los licitadores, esa igualdad de condiciones en que ha de producirse la licitación exigía y exige las consecuencias a la que llegó la Sala de Barcelona: suprimir la exclusión de la oferta de ACCIONA-BTG Pactual, que se ajustó a la literalidad del pliego pero también mantener la nulidad de la adjudicación del contrato ya que la oferta de SGAB se atuvo a la aclaración recibida y esto afectó a esa decisión.”

En conclusión, de este fundamento, no cabe afirmar, como se hace en la reclamación, incluso para el caso de que la respuesta fuese vinculante, que no lo fue, que el pliego queda modificado o alterado por la respuesta dada para favorecerse de la adjudicación por quien se ajusta no al pliego, sino a la respuesta. Constatada pues la divergencia entre pliego y respuesta aparece un defecto insubsanable que cabe remediar precisamente por el desistimiento. De lo contrario nos avocaríamos a la nulidad de la adjudicación pues algún licitador no habría presentado ofertas en igualdad de condiciones con los otros.

Noveno. Dicho lo anterior cabe discutir finalmente si la respuesta dada durante el procedimiento contravenía o no lo que los pliegos establecían, cosa que la recurrente niega, pues considera la respuesta y el pliego compatibles. Del cotejo del pliego con la respuesta controvertida a la consulta resulta lo siguiente.

Al referirse al detalle general de la actividad a contratar, el pliego afirma

“b) Sistema de Protección de Tren (LZB): La funcionalidad LZB existente ha de quedar garantizada con los nuevos enclavamientos, estando relacionados con estos mediante un interfaz serie.

c) Sistema de Protección de Tren (ERTMS): Instalación del sistema ERTMS N2 en toda la línea sobre la totalidad de los enclavamientos, así como en el ramal La Sagra-Toledo, estando relacionados con los RBCs mediante interfaz serie. El sistema estará dotado de la funcionalidad “Stop if in SR” mediante la instalación de una baliza cableada con interfaz C en todas las señales dotadas de aspecto rojo y arquitectura de CLCs Centralizado/Distribuido. Se deberán prever, asimismo, las transiciones entre este sistema y los existentes...

h) La modificación en su caso del sistema LZB asociadas a las transiciones con el sistema ERTMS.”

Entre las condiciones a considerar para la ejecución de las obras que recoge el pliego, se establecía lo siguiente:

“La funcionalidad LZB ha de quedar garantizada en todo momento, antes, durante y finalizadas las obras”, y por tanto parece lógico concluir que incluso con posterioridad a la instalación del sistema de seguridad ERTMS. Precisamente respecto de este, justo antes, se dice que “hasta la puesta en servicio del ERTMS han de quedar garantizada la plena funcionalidad de las instalaciones existentes”. Si a continuación se menciona lo antes recogido para la funcionalidad LZB es porque parece que es preciso que esté operativa incluso tras la puesta en servicio del ERTMS, a diferencia de lo que podría ocurrir con otras funcionalidades.

Esa condición que aparece en los pliegos es congruente con la memoria del proyecto cuando indica que *“El sistema de protección de tren, ya que actualmente está en servicio el sistema LZB...su baja no es objeto de este proyecto. Se mantendrá en servicio junto al nuevo sistema a instalar decidiendo ADIF posteriormente a este proyecto que hacer con el sistema LZB” y “se mantendrán en funcionamiento los dos sistemas de protección de tren LZB y ERTMS durante el período de tiempo que determine ADIF, por lo que se deberá garantizar, en su caso, la convivencia de ambos sistemas. En todo caso en este proyecto no se prevé la baja del sistema LZB.”*

En la respuesta controvertida, en efecto, se indicaba *“serán consideradas soluciones alternativas que aborden un planteamiento exclusivo entre los sistemas de manera que se*



pueda prescindir de LZB según entre en explotación el sistema ERTMS". Esa respuesta fue reiterada en una segunda ocasión, el 6 de marzo.

De la comparación de ambas realidades resulta razonable la motivación que fundó el desistimiento: la respuesta permitía considerar soluciones alternativas que el pliego no contemplaba considerar. No puede afirmarse que la respuesta no contradecía los pliegos pues no negaba propuestas alternativas, sino que, al contrario, las admitía bajo ciertas condiciones, lo que resulta de los criterios interpretativos basados en la literalidad de lo expresado tanto ese día 26 como el posterior 6 de marzo, y del hecho posterior por el que no se excluyeron licitadores por este motivo –ya que se habían atendido a la respuesta, no al pliego- y se acordó no obstante y apreciado el error, el desistimiento.

Es más, a la pregunta referida, de 26 de febrero, cuya respuesta analizamos, le siguió otra de 6 de marzo por la que el licitador que preguntaba decía *"hemos interpretado que sería admisible una solución técnica alternativa en la que no conviven en servicio en la misma instalación los sistemas LZB y ERTMS, siempre y cuanto respeten las fases consideradas e la solución del proyecto funcional así como la implementación de las transiciones necesarias entre ambos sistemas de protección de tren en las fases intermedias de instalación. Solicitamos confirmación acerca de si nuestra interpretación es correcta"* a lo que se respondió *"correcto"*, lo que impide considerar que el 26 de febrero se estaba anunciando la exclusión de quienes asumiesen la solución técnica alternativa.

En conjunto, por tanto, parece claro que las respuestas de febrero y de marzo no llevaron sino a la confusión de los licitadores, al poder presentar alternativas no permitidas por los pliegos, que conservaban en todo caso su pleno vigor como *"lex contractus"*. En consecuencia, tampoco cabe atender a la alegación por la que la motivación existente excluye una solución admisible según los pliegos y, por tanto, resulta improcedente.

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. F.O.D., en nombre y representación de THALES ESPAÑA GRP, S.A.U (en adelante, THALES), contra el acuerdo de desistimiento de la licitación convocada por ADIF-ALTA VELOCIDAD para contratar la *“Redacción del proyecto constructivo y ejecución de obras de renovación de las instalaciones de señalización, ertms, dco`s y telecomunicaciones fijas de la línea Madrid-Sevilla”*, expediente 3.19/20810.0066.

Segundo. 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 58 de la LCSP.

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 de 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.