



Recurso nº 356/2022

Resolución nº 499/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 27 de abril de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. S. L., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, contra los pliegos de la licitación convocada por la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) para contratar el *“Premantenimiento y mantenimiento de infraestructura, vía y aparatos de vía de las líneas de Alta Velocidad de Galicia y del Eje Atlántico. Base de O Irixo y subbase de A Mezquita”*, expediente 4.21/28520.0086; 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 del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (en adelante, ADIF) de fecha 26 de julio de 2021, y autorizado por Consejo de Ministros, en sesión de 8 de noviembre de 2021.

El valor estimado del contrato asciende a 69.878.863,75 €.

Segundo. El expediente de referencia se ha incoado mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, publicándose inicialmente el anuncio de licitación los días 15 de noviembre de 2021 en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), 16 de noviembre en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y 18 de noviembre de 2021 en el Boletín Oficial del Estado (BOE).



Tercero. Con fecha de 7 de diciembre de 2021, la recurrente presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos originarios de la licitación, impugnando diversas cláusulas de los mismos.

Con fecha 14 de enero de 2022, este Tribunal (Resolución nº 36/2022) estimó parcialmente dicho recurso, acordando la retroacción del procedimiento al momento anterior a la confección de dichos pliegos para la convocatoria –en su caso– de una nueva licitación.

Cuarto. Con fecha 22 de febrero de 2022, el Consejo de Administración de ADIF, acordó aprobar, por unanimidad de sus miembros, la retroacción de las actuaciones realizadas al momento anterior a la aprobación de los pliegos. En la misma sesión del Consejo de Administración de ADIF fueron aprobados mediante acuerdo los nuevos Pliegos que rigen la licitación y ejecución del contrato, el expediente, el gasto y la apertura del procedimiento de adjudicación.

Quinto. Con fecha 3 de marzo de 2022 se publica en la PLACSP rectificación del anuncio de licitación y del anuncio de pliegos.

Sexto. Con fecha 24 de marzo de 2022, D. M. S. L., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (en lo sucesivo, CNC), interpone recurso especial contra los nuevos pliegos del procedimiento ya referenciado.

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 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).

Segundo. La recurrente, CNC, 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, en cuyo artículo 4º de sus estatutos se configura como una



organización empresarial que extiende sus actividades a todas las actividades profesionales relacionadas con el sector de la construcción 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 el procedimiento de un contrato mixto de servicios y obra, sujeto a regulación armonizada, con valor estimado de 69.878.863,75 euros, 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. El recurso se ha presentado dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en la nulidad del apartado “5. PENALIDADES. LÍMITE A LA SUBCONTRATACIÓN”, del apartado IV del Cuadro de Características del Contrato (en adelante, CCT) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares; y la cláusula 28 de dicho pliego.

Se aduce por la recurrente que en dicha cláusula se incluyen 31 penalizaciones que sumando el porcentaje de todas ellas suponen un 146,7% del presupuesto anual del contrato, considerando que dicho régimen de penalizaciones afecta a la proporcionalidad y a los límites que impone el artículo 192 de la LCSP, así como que las fijadas por demora en la ejecución del contrato carecen de toda justificación en contravención –a su juicio– del artículo 193.3 de dicha norma legal. Igualmente postula inseguridad jurídica en su tipificación, por cuanto en la configuración de las diferentes penalidades no se distinguen criterios de graduación a fin de determinar si las mismas pueden ser imputadas como graves o muy graves.

Sexto. Con respecto a la primera infracción invocada por la recurrente, cabe señalar, tal y como indican en su informe a consecuencia del presente recurso los servicios técnicos de ADIF que:

“(...) el porcentaje al que se hace referencia de las penalidades respecto del presupuesto anual del contrato (146,7%), además de ser erróneo como se analizará posteriormente, es la suma simultánea de todas las penalidades definidas en el apartado, cosa que es altamente improbable ya que se solicitan unos niveles de solvencia técnica que impiden que empresas no capacitadas para la realización del trabajo opten a esta licitación, de darse el caso de tener que aplicar todas las penalidades, ADIF habría adjudicado el mantenimiento de la línea a un mantenedor seguramente imprudente y que priorizaría el valor económico sobre estándares de seguridad definidos en la normativa en vigor. ADIF-PG-301-001-002-SC-524 Mantenimiento Seguro de la Infraestructura Ferroviaria.



El objeto del pliego y el espíritu del mismo no es, en ningún caso, el de aplicar penalidades al mantenedor sino el de garantizar el mantenimiento correcto de las infraestructuras objeto de este pliego. Esto va en favor, en primer plano, de la seguridad del viajero, y a continuación en favor la fiabilidad, del confort, de la durabilidad de todos los activos de la infraestructura, etc. Para garantizar esto, es necesario establecer una estudiada lista de penalidades que impidan que el mantenedor, deje de realizar sus funciones correctamente”.

Así las cosas, la recurrente incurre en error al contabilizar e imputar el porcentaje que las penalidades señaladas en el pliego podrían alcanzar. Señala la CNC que “sumando el porcentaje de todas las penalizaciones supone un 146,7% del presupuesto anual del contrato”. Dato que no es cierto a la luz de las circunstancias que pasan a exponerse:

El presupuesto completo, que determina el precio del contrato, contiene 23 unidades y un presupuesto de 56.167.263,31 € (IVA excluido) y la aplicación de las penalidades descritas se realiza, principalmente, sobre 4 de las unidades (P1.1, P1.2, P1.3 y P2.1), que suponen el 54% del contrato; además, se aplican sobre los precios MENSUALES y no totales.

El 10% del importe del contrato (según presupuesto de licitación) es 5.616.726,33 € y el orden de magnitud de las penalidades propuestas se aprecia en la siguiente tabla:

PRESUPUESTO BASE DE LICITACION (SIN IVA)	56.167.263,31 €
10% Precio del contrato	5.616.726,33 €
Precio Mensual de Mantenimiento	665.269,29 €
Penalidad de 0,05% del PMM	332,63 €
Penalidad de 0,15% del PMM	997,90 €
Penalidad de 0,2% del PMM	1.330,54 €
Penalidad de 0,25% del PMM	1.663,17 €
Penalidad de 0,8% del PMM	5.322,15 €
Penalidad de 1,5% del PMM	9.979,04 €
Penalidad de 1,8% del PMM	11.974,85 €

Por ello, a la vista de las anteriores cifras, se puede concluir que los importes de las penalidades propuestas ex artículo 193 de la LCSP, sin perder la perspectiva de que éstas obedecen a incumplimientos que *“afectan directamente a la mantenibilidad y, por extensión, a la seguridad y a la fiabilidad de la instalación”*, no son en absoluto desproporcionadas. Tal es, precisamente, la justificación que obra en el expediente administrativo (documento nº 6) que, si bien escueta, cabe concluir suficiente al deber ponerse en relación el conjunto de penalidades fijadas con el detalle que se recoge, en el PPT, de cada una de las prestaciones cuya garantía de ejecución persiguen aquéllas; así, *v.gr.*, sus apartados 4.2.1, 5.3 y 5.4 que versan sobre los accionamientos mecánicos, la vigilancia general y especial de la línea, respectivamente, que –entre otros– ADIF anuda al cumplimiento de los Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS).

De esta manera, pueden entenderse justificadas dichas penalidades por lo que –en este aspecto– no se aprecia quiebra el artículo 193.3 *in fine* de la LCSP.

Además, y en contra nuevamente de la afirmación realizada por la recurrente, cabe referir que en ningún caso las penalidades por incumplimiento superan los límites legalmente establecidos. En efecto, de la lectura del documento en su conjunto, puede observarse que, efectivamente, tras la enumeración de las penalidades, encontramos en mayúsculas y negrita el siguiente apartado:

“COMÚN A LOS PUNTOS 5.1 Y 5.2

La cuantía de cada una de las penalidades impuestas al contratista por las causas señaladas en los números 5.1 y 5.2 no podrá exceder del 10% del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50% mismo (artículo 192.1 LCSP)”.

Es decir, es el propio pliego el que pone “techo” a la imposición de penalidades, estableciendo que aún para el caso en el que se devengasen varias de ellas, su aplicación quedaría restringida a los límites establecidos en el artículo 192 de la LCSP.

Tampoco resultan admisibles las alegaciones con respecto a la nulidad de la Cláusula 5.3 penalidades por demora pues, aunque en su conjunto alcanzan un 12% del importe del



contrato según la recurrente, lo cierto es que las penalidades por demora no tienen, a diferencia de las penalidades por incumplimiento, un límite legalmente fijado, ex artículo 193 de la LCSP.

Séptimo. Respecto a la afirmación de la recurrente relativa a que *“se deja al arbitrio de la Administración contratante la calificación de “grave o muy grave” de la penalidad a imponer”*, señalan los servicios técnicos de ADIF en su informe emitido en respuesta al recurso planteado que:

“En general, la casuística que se puede dar en el mantenimiento de una vía ferroviaria podría ser cuasi infinita, por lo que establecer infracciones de carácter leve, grave o muy grave a cada una de ellas sería imposible. El Adif dispone de una amplia serie normativa relativa al mantenimiento, donde se recogen diferentes tipos de defectos y su nivel de gravedad (...)”.

Pues bien, del contenido textual de las cláusulas a las que alude se observa la claridad de las mismas de las que se viene a desprender que con carácter general la calificación de las infracciones será leve y salvo que, motivadamente, el órgano de contratación estime que el incumplimiento es grave o muy grave.

Estableciendo, igualmente, el pliego que *“la reiteración en el incumplimiento podrá tenerse en cuenta para valorar la gravedad”*.

Es decir, cualquier calificación de una infracción como grave o muy grave, será justificada por el órgano de contratación motivadamente, estableciendo el propio pliego la reiteración del comportamiento como un agravante.

Por ello, debe desestimarse también este motivo de impugnación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M. S. L., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, contra los pliegos de la licitación convocada por la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) para contratar el *“Premantenimiento y mantenimiento de infraestructura, vía y aparatos de vía de las líneas de Alta Velocidad de Galicia y del Eje Atlántico. Base de O Irixo y subbase de A Mezquita”*, expediente 4.21/28520.0086.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa 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.