



Recurso nº 903/2022

Resolución nº 1007/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 2 de septiembre de 2022.

VISTA la reclamación presentada por D. I. G. G., en representación de la mercantil EARTHCARE, S.L.U., contra los pliegos del contrato de Servicios de Asistencia Técnica a Adif Alta Velocidad (Adif AV) para la *“Elaboración de los mapas estratégicos de ruido y memoria técnica e los planes de acción contra el ruido de los grandes ejes ferroviarios. Fase IV (>30.000 circulaciones/año) (4 Lotes)”*, expte. nº 4.22/20830.0118, convocado por ADIF Alta Velocidad; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 23 de junio de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación del contrato de Servicios de Asistencia Técnica a ADIF Alta Velocidad (ADIF AV) para la *“Elaboración de los mapas estratégicos de ruido y memoria técnica e los planes de acción contra el ruido de los grandes ejes ferroviarios. Fase IV (>30.000 circulaciones/año) (4 Lotes)”*, expte. nº 4.22/20830.0118, convocado por ADIF Alta Velocidad.

El contrato tiene un valor estimado de 1.500.000 euros, adjudicándose mediante tramitación ordinaria y procedimiento abierto.

La licitación se lleva a cabo de conformidad con lo establecido en 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, RDL 3/2020), así como en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), y en las normas de desarrollo en materia de contratación.

El contrato, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) cabe destacar los siguientes apartados:

- apartado 7.2 PPT:

“7.2. Métodos de cálculo

La evaluación de los niveles sonoros originados por la circulación ferroviaria se realizará mediante el cálculo de los mismos de acuerdo con la metodología común de cálculo desarrollada por la Comisión Europea a través del proyecto Common Noise Assessment Methods in Europe (CNOSSOS-EU), incluyendo su actualización por la Directiva Delegada (UE) 2021/1226 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2020. El uso de esta metodología conlleva un cambio con respecto a la utilizada en fases anteriores, donde se utilizó el método nacional de cálculo de los Países Bajos.

Para la aplicación del método de cálculo se deberán seguir los criterios y directrices incluidos la Guía CNOSSOS.

Para la evaluación de los niveles sonoros mediante la metodología de cálculo CNOSSOS-EU, se empleará el software de simulación CadnaA de Datakustik en su versión más actualizada, con las librerías de trenes e infraestructura disponible en su última revisión.

Se especificarán todos los datos de entrada al modelo utilizados en cada cálculo y todos los parámetros que el Consultor estime necesarios para definir con precisión los escenarios sobre los que se realiza la simulación acústica”.



- apartado 14.2.5 PPT, relativo a la metodología de evaluación de niveles sonoros-Métodos de evaluación:

“La evaluación de los niveles sonoros originados por la circulación ferroviaria se realizará de acuerdo con el método común de evaluación del ruido en Europa (CNOSSOS-EU) conforme a lo establecido en el Anexo II del Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, por el que se desarrolla la ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, en lo referente a la evaluación del ruido ambiental.

El uso de esta metodología conlleva un cambio con respecto a la utilizada en fases anteriores, donde se utilizó el método nacional de cálculo de los Países Bajos.

Para la aplicación del método CNOSSOS se tendrá en cuenta el documento “Guía CNOSSOS publicado por Adif V.”

-“Cuando las prescripciones técnicas que definan las características requeridas de un material, producto o suministro se formulen en términos de rendimiento, de exigencias funcionales, o de especificaciones técnicas, marcas, patentes o tipos, se admitirá la acreditación del cumplimiento de los requisitos requeridos mediante normas o sistemas equivalentes, en los términos previstos en el artículo 45 del RDI 3/2020.”

-SECCIÓN SEGUNDA. CRITERIOS PARA LA EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS del PCAP:

“Cuando las prescripciones técnicas que definan las características requeridas de un material, producto o suministro se formulen en términos de rendimiento, de exigencias funcionales, o de especificaciones técnicas, marcas, patentes o tipos, se admitirá la acreditación del cumplimiento de los requisitos requeridos mediante normas o sistemas equivalentes, en los términos previstos en el artículo 45 del RDI 3/2020”.

-Cláusula 40 del PCP “Cláusula de Prelación Normativa”:



“Lo dispuesto en este Pliego de Condiciones Particulares prevalecerá sobre todas aquellas condiciones del Pliego de Condiciones Técnicas Particulares y/o del Anexo de Condiciones Generales que pudieran ser contrarias a su contenido. En el caso de existir algún tipo de contradicción entre los distintos documentos que regulan la licitación y ejecución del contrato, el orden de prelación será el siguiente:

Primero: El Pliego de Condiciones Particulares (PCP) correspondiente al servicio contratado.

Segundo: El Anexo de Condiciones Generales de Servicios del régimen del RDI 3/2020.

Tercero: Otra documentación técnica, recogida en el Pliego de Prescripciones Técnicas o en otro documento adicional. [...]”

Segundo. Con fecha 7 de julio de 2022, EARTHCARE, S.L.U. ha presentado, ante el órgano de contratación, reclamación en materia de contratación contra los pliegos que rigen la contratación, en cuya virtud solicita del Tribunal que anule *“todas las menciones a la exigencia de cualquier software de simulación comercial como necesario para realizar los estudios a contratar y que los pliegos se limiten a requerir los métodos a aplicar”*.

Tercero. El órgano de contratación dio traslado del recurso el 11 de julio de 2022. Previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal a la entidad contratante, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquél quien solicitó su inadmisión y subsidiariamente la desestimación.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fecha 19 de julio de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 del RDL 3/2020 y 46 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. El pliego impugnado es susceptible de reclamación de conformidad con lo que dispone el artículo 119.2.a) del citado Real Decreto-Ley, en conexión con el 1.1.b) del mismo.

Tercero. Dicha reclamación se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 121.1.b) del RDL 3/2020.

Cuarto. La empresa actora –pese a que la entidad contratante sostiene lo contrario– ostenta la debida legitimación para presentar la reclamación al amparo del artículo 48 de la LCSP, al que remite el artículo 121.1 del RDL 3/2020, conforme a la doctrina al respecto de este Tribunal.

En efecto, las recientes Resoluciones 85/2021, de 29 de enero, y 668/2021, de 4 de junio, recuerdan la doctrina del Tribunal sobre la legitimación para recurrir los pliegos de una empresa no licitadora, con cita de otras anteriores –Resolución nº 790/2018, de 14 de septiembre, o la nº 862/2018, de 1 de octubre–. En la Resolución 235/2018, de 12 de marzo, se afirma:

«Tras enunciar la regla general según la cual un operador económico no podrá impugnar los pliegos si no ha presentado oferta, señala: “Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad, hipótesis abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 (Roj STS 4465/2005)”, en la que se lee: “Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a unas determinadas



empresas, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad”. [...] Estos postulados están firmemente asentados en el Derecho Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles “como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”, expresión esta que se refiere “a la persona que, al presentar su oferta para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo” (cfr.: apartado 19 Sentencia TJCE, Sala Segunda, 8 de septiembre de 2005 –asunto C 129/04-). Sin embargo, y como acaece en nuestro Derecho interno, dicho principio admite excepciones, y así, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C 230/02), señala: [...] 28 No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate».

Como también, señaló este Tribunal en la Resolución nº 499/2020, de 2 abril de 2020, Recurso nº 252/2020: “Al tratarse de una impugnación de pliegos, para que un operador económico esté legitimado, es preciso que haya presentado oferta, porque de lo contrario, no podrá ser adjudicatario y por ello no tendrá interés en el procedimiento; con la excepción de que impugne los pliegos por cláusulas discriminatorias que le impiden el acceso a la licitación en condiciones de igualdad”.

En este caso, y pese a que el recurrente no ha presentado oferta a diferencia del supuesto analizado en el recurso 891/2022 (donde la mercantil actora finalmente sí concurrió a la licitación) lo que suscita dudas de cara a reconocerle legitimación, ~~pero~~lo cierto es que sí impugna los pliegos por la existencia en ellos de una cláusula –a su juicio– de carácter discriminatorio, como es la exigencia de en software de una marca determinada, sin admisión de equivalente, que le impediría el acceso a la licitación. Por ello y en virtud asimismo del principio *pro actione* cabe concluir que el recurrente sí tiene en este caso interés legítimo, y por ello sí ostenta legitimación.



Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, defiende en esencia el reclamante la nulidad del PPT por contravenir lo dispuesto en el artículo 126 de la LCSP al requerirse un software en diversos preceptos del citado pliego, considerando que se exige un único modelo o marca, sin permitir uno equivalente, por lo que se restringe y limita la competencia.

La entidad contratante en el informe evacuado opone en que aun cuando algunos apartados del PPT hacen referencia al software de simulación “CadnaA de Datakustik” por ser el software de simulación de este tipo del que disponen Adif y Adif AV en la actualidad, para el control y consulta de los trabajos licitados, esta exigencia se encuentra modulada y completada por lo indicado en el Pliego de Condiciones Particulares (en adelante, PCP), que admite la acreditación del cumplimiento de los requisitos requeridos mediante normas o sistemas equivalentes, prevaleciendo además lo establecido en el PCAP frente a lo dispuesto en el PPT, de manera que *“aunque técnicamente no es lo más deseable para Adif y por ello, en el pliego técnico se incluyó el nombre de un determinado producto comercial (software de simulación CadnaA), esto no exime de que se pueda realizar la oferta y los estudios de la licitación con cualquier otro producto comercial equivalente, como puede ser SoundPLAN”*. Por ello defiende que ha seguido en todo momento lo dispuesto en la legislación y normativa vigente en materia de contratación.

Sexto. Sentado lo anterior, procede entrar en el fondo del asunto, que supone en síntesis determinar si la exigencia del software establecida es o no ajustada a Derecho.

Hay que partir de los requisitos que deben cumplir los requisitos técnicos. Al respecto y en lo que concierne a esta reclamación, ya ha tenido ocasión este Tribunal de advertir (por todas en la Resolución 105/2021, de 5 de febrero) que:

“El artículo 1 de la LCSP establece los principios que han de regir la contratación del sector público, encontrándose entre ellos la “publicidad, transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores» así como «la salvaguarda de la libre competencia”.

El artículo 126 establece a su vez, como principio rector, en el apartado primero, que “las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de



contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”.

Por su parte, su apartado 5 establece que “Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras:

a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo;

b) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención «o equivalente»;

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b);

d) Haciendo referencia a especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características.”

Y el 6 que “salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un



procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente»”

De esta forma la propia LCSP con el fin de no vulnerar el principio de concurrencia, prohíbe que los pliegos de los contratos hagan referencia a una fabricación o a una procedencia determinada, a un producto o servicio determinado, a una marca, patente o tipo o a un origen o producción determinado con la finalidad de favorecer o descartar a ciertas empresas o ciertos productos, con la excepción que en la propia norma se prevé”.

En cuanto al apartado 6, este Tribunal, en ocasiones, y en virtud de un principio antiformalista, ha admitido la posibilidad de identificar un producto o proceso concreto a condición de que exista una justificación razonable y se incluya la fórmula “o equivalente”. Así, en la Resolución 422/2022, de 31 de marzo, recogiendo y citando la Resolución 225/2011, de 15 de septiembre, se razona:

“El análisis del precepto transcrito nos debe permitir adoptar criterio respecto de las alegaciones formuladas por las partes. Ante todo, es necesario aclarar que su finalidad no es otra que evitar la posibilidad de que la decisión de adjudicación que deba adoptar el órgano de contratación quede prejuzgada por la propia definición de las especificaciones técnicas de la prestación. Y ello, con el objeto de evitar que mediante esta técnica queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores.

Como consecuencia de ello, la referencia a alguno de los supuestos indicados en el artículo en cuestión sólo es posible cuando no quepa hacer una descripción adecuada de la prestación utilizando los medios a que se refieren sus apartados 3 y 4, es decir aplicando sistemas de referencias técnicas elaborados por organismos de



homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. Además, en el caso de que así sea, deberá hacerse constar la expresión 'o equivalente', con el objeto de permitir presentar ofertas de productos que puedan satisfacer de igual forma las necesidades que mediante el contrato pretende satisfacer el órgano de contratación. (...)

En el caso presente, el órgano de contratación recuerda en su informe lo indicado en el punto 1.2 del Anexo I del PPT que "las referencias y envases se indican como orientativas de las características de calidad mínimas que deben tener los artículos ofertados por los distintos licitadores". Por tanto, no existe una intención de obtener un producto determinado alterando la libre competencia, sino el mero uso de un nombre comercial como referencia de las características técnicas demandadas para un concreto suministro con admisión expresa de que no se agotan en ese singular producto utilizado a los únicos fines de ilustrar el envase y propiedades buscadas en las ofertas de los licitadores.

Igualmente, se ha de tener en cuenta que el recurso no explica y concreta la lesión que causa al licitador la referencia a un producto determinado con expresa admisión de poder ofrecer otros productos equivalentes.

Téngase en cuenta que los licitadores podrán requerir, al amparo del artículo 138 de la LCSP, aclaraciones al órgano de contratación sobre las especificaciones técnicas requeridas para el producto demandado e identificado mediante la referencia de una marca, o incluso preguntar durante el plazo de preparación de ofertas si otro producto o envase se ajusta al PPT.

En definitiva, procede desestimar el presente recurso, aunque el órgano de contratación no haya justificado el empleo excepcional de una marca o producto concreto para identificar una parte del objeto del suministro, en el caso concreto, la expresa admisión de que dicha mención es puramente orientativa, sin que excluya o impida formular proposiciones con otros productos de similares propiedades técnicas, y, la existencia de otros mecanismos para permitir el acceso a la licitación

de cualquier interesado, impiden que dicha actuación acarree la medida extrema de la anulación del PPT”.

Pues bien, cabe considerar que la nota incluida en el apartado 3 in fine del PPT, tras describir las características técnicas de cada lote, al declarar que: “(s)i alguna de las características determina un modelo exclusivo, éstas serán tomadas únicamente como guía u orientación para la presentación de las ofertas, dicha indicación deberá entenderse como equivalente, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión previa” cumple los requisitos de la doctrina expuesta según los términos del artículo 126.6 de la LCSP, lo que conduce a advenir el pliego impugnado al no impedir la concurrencia efectiva de la recurrente a la licitación, máxime habiendo podido acudir ésta a la vía de aclaración de los pliegos del artículo 138 de dicha norma legal”.

Lo mismo ocurre en el caso aquí analizado, donde la entidad contratante en el PPT exige un determinado producto comercial (software de simulación CadnaA), sin señalar expresamente que se admite uno equivalente como exige el artículo 126 de la LCSP; sin embargo, en el PCAP se indica que:

“Cuando las prescripciones técnicas que definan las características requeridas de un material, producto o suministro se formulen en términos de rendimiento, de exigencias funcionales, o de especificaciones técnicas, marcas, patentes o tipos, se admitirá la acreditación del cumplimiento de los requisitos requeridos mediante normas o sistemas equivalentes, en los términos previstos en el artículo 45 del RDL 3/2020.” Igualmente, con ocasión de la presente reclamación reconoce en su informe expresamente se *“pueda realizar la oferta y los estudios de la licitación con cualquier otro producto comercial equivalente, como puede ser SoundPLAN”.*

De esta forma a pesar de no indicarlo expresamente en el PPT, como hubiera sido más correcto, se admite, en virtud de lo previsto en el PCAP, otros software equivalentes al CadnaA de Datakustik, como interesa el reclamante, lo que supone que los Pliegos se ajusten a lo dispuesto en la LCSP, y en particular a su artículo 126, sin que se limite de forma alguna la concurrencia, teniendo igualmente en cuenta que la mercantil actora podía



haber acudido a la vía de aclaración de los pliegos del artículo 138 de la LCSP para resolver y aclarar esta cuestión.

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 especial en materia de contratación interpuesto por D. I. G. G., en representación de la mercantil EARTHCARE, S.L.U., contra los pliegos del contrato de Servicios de Asistencia Técnica a Adif Alta Velocidad (Adif AV) para la *“Elaboración de los mapas estratégicos de ruido y memoria técnica e los planes de acción contra el ruido de los grandes ejes ferroviarios. Fase IV (>30.000 circulaciones/año) (4 Lotes)”*, expte. nº 4.22/20830.0118, convocado por ADIF Alta Velocidad.

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 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 al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.