



Recurso nº 963/2022

Resolución nº 1112/2022

Pleno del Tribunal

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

En Madrid, a 27 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. S. L., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra los pliegos aplicables al contrato de *“Adecuación de taludes y trincheras en el ámbito de la red de ancho métrico de Vizcaya perteneciente a las líneas 780 Bilbao Concordia-Carranza y 790 Aranguren-Balmaseda”* (expediente 3.22/27520.0054) licitado por ADIF, el Pleno del Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 28 de junio de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de *“Adecuación de taludes y trincheras en el ámbito de la red de ancho métrico de Vizcaya perteneciente a las líneas 780 Bilbao Concordia-Carranza y 790 Aranguren-Balmaseda”* (expediente 3.22/27520.0054) licitado por ADIF, cuyo valor estimado es de 3.600.000 euros.

Segundo. El 19 de julio de 2022 D. M. S. L., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), interpuso recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) aplicable a la licitación del referido contrato.

El recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

1. Inclusión de obligaciones esenciales incompatibles con el ordenamiento jurídico:



Señala la recurrente que el pliego contienen obligaciones esenciales que, a su juicio, no cumplen los requisitos de la LCSP. En concreto, la cláusula 27 del PCAP establece lo siguiente (el subrayado es nuestro):

“Cláusula 27. Integridad y lucha contra el fraude.

1.- Obligaciones de las empresas licitadoras y del adjudicatario.

La participación en la licitación a que se refiere el presente pliego supone la asunción por parte de los licitadores y del ulterior adjudicatario del contrato de las siguientes obligaciones:

(...)

c) Respetar los principios de libre mercado y de concurrencia competitiva, y abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, como por ejemplo los comportamientos colusorios o de competencia fraudulenta (ofertas de resguardo, eliminación de ofertas, asignación de mercados, rotación de ofertas, etc.).

(...)

2.- Consecuencias del incumplimiento

El incumplimiento para las empresas licitadoras de las reglas de conducta definidas en esta cláusula puede derivar en causa de exclusión en la participación del procedimiento de licitación correspondiente, así como, caso de que concurran los supuestos contemplados en la legislación vigente, en causa prohibición de contratar.

En relación con la empresa adjudicataria, las reglas de conducta definidas en esta cláusula tienen la consideración de obligaciones esenciales, y su infracción se califica como infracción muy grave, quedando facultada la Entidad Contratante para, en función de las circunstancias que concurran y teniendo en cuenta los principios de graduación de la sanción, contradicción y proporcionalidad, bien imponer una penalidad de hasta el 10% del precio del contrato (IVA no incluido) por cada incumplimiento, sin que el total de las mismas pueda superar el 50% del precio del contrato, bien por resolver el contrato por causa imputable al contratista con los efectos correspondientes. Las anteriores penalidades son independientes del deber de



resarcimiento de los daños y perjuicios que las conductas contrarias a lo establecido en la presente cláusula hayan ocasionado a la Entidad Contratante.

El incumplimiento de estas obligaciones podrá, en los supuestos contemplados en la legislación vigente, constituir causa de prohibición de contratar.”

Y en la cláusula 39 del PCAP, referido a “Causas de resolución del contrato” se establece como causa de resolución el incumplimiento de la siguiente obligación esencial:

“Cláusula 39. Resolución del contrato.

La resolución del contrato se regirá por lo establecido con carácter general en los artículos 211 a 213 de la LCSP y específicamente para el contrato de servicios en el artículo 313 de la LCSP.

A los efectos de apreciar la causa de resolución establecida en el artículo 211.1 f) de la LCSP, se considerarán incumplimientos de obligaciones contractuales esenciales:

(...)

- El contratista adjudicatario estará obligado durante la ejecución del contrato y hasta su liquidación a mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar. Cuando el contratista, tras la formalización del contrato, durante su ejecución o antes de su liquidación, hubiera sido declarado en prohibición de contratar con esta Entidad o con el Sector Público Estatal, así como cuando de forma sobrevenida a la formalización contractual se encuentre incurso en prohibición de contratar, la Entidad quedará facultada para resolver el contrato.”

Entiende la CNC que estas “obligaciones esenciales” impuestas en el pliego (“abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia” y de mantenerse “no incurso en prohibición de contratar” durante el periodo de ejecución del contrato y hasta su liquidación), adolecen de falta de concreción y, por ende, de seguridad jurídica, máxime tratándose de derecho administrativo sancionador o, cuanto menos, regulador de penalidades. La obligación esencial de mantenerse “en situación de no incurso en prohibición de contratar” no es compatible con la regulación que hace la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al



ordenamiento jurídico español, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) de las prohibiciones de contratar, que en tanto no estén declaradas y publicadas, con indicación de su duración, carecen de virtualidad para los contratos en vigor.

La CNC no advierte el sentido de las frases *“abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia”* y de mantenerse *“en situación de no incurso en prohibición de contratar”*, ya que es necesario una resolución administrativa o sentencia que establezca su alcance y duración, como previene el artículo 72.2 de la LCSP.

Tras citar los artículos 71 y siguientes de la LCSP, concluye la CNC que la mera situación de *“no incurso en prohibición de contratar”* no se entiende sin que se hayan cumplido los siguientes requisitos; 1) instrucción del expediente sancionador, 2) firmeza de la resolución, y 3) inscripción en el correspondiente registro. Y entiende que todas estas fases se están obviando, en perjuicio del contratista, en las obligaciones esenciales recogidas en el PCAP impugnado.

Añade la recurrente que la mayoría de las prohibiciones de contratar declaradas se han de comunicar para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE) o al registro equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, y que los efectos de estas prohibiciones de contratar se producen desde la fecha de la inscripción. Y que prever en el PCAP que se podrán imponer penalidades, por no *“abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia”* y por no mantenerse en *“situación de no incurso en prohibición de contratar”*, infringe las normas imperativas dispuestas en los artículos 72 y 73 de la LCSP, que prescriben para las prohibiciones de contratar procedimientos previos de declaración de su alcance y ámbito de extensión, y que sin la inscripción en los Registros de licitadores no producen efectos.

2. Multiplicidad de sanciones. Principio *“no bis in idem”*. La entidad recurrente considera que a las obligaciones de la empresa adjudicataria de *“abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia”* y de mantenerse *“en situación de no incurso en prohibición de contratar”* se les aplican una



serie de consecuencias jurídicas y penalizaciones, más allá de lo establecido en la Ley y totalmente desproporcionadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 132 de la LCSP, relativo a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia y, en cuya virtud, los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

En concreto, si las referidas obligaciones esenciales se incumplen, ello tiene, conforme al PCAP, unas desproporcionadas consecuencias jurídicas:

- Multa de hasta el 10 % del importe del contrato, sin que el importe total de las penalidades pueda superar el 50% del precio del contrato.
- Resolución del contrato, conforme a las cláusulas 27.2 y 39 del PCAP, que permiten a la Administración imponer, además de las penalidades, la resolución del contrato si el adjudicatario, tras la formalización del contrato, durante su ejecución y hasta su liquidación, no se abstiene de *“realizar conductas que tengan por objeto puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia”* o no se mantiene *“en situación de no incurso en prohibición de contratar”*.
- Prohibición de contratar. Se introduce en la cláusula 39.2 como un hecho futuro (*“mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar”*) que, además, no es preciso que se declare en un acto administrativo definitivo y firme.
- Obligación de resarcir daños y perjuicios.

Considera la CNC que este efecto de imponer sanciones y de resolver el contrato es nulo de pleno derecho (art. 47.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y art. 39.1 de la LCSP), no sólo porque retrotrae la aplicación de una disposición sancionadora no favorable, sino porque retrotrae la aplicación de una disposición restrictiva de derechos individuales, al hacer depender la aplicación de la misma y de sus efectos punitivos (penalidades y resolución) a un hecho incierto, probable o no y desconocido en el momento de la formalización del contrato.

Reitera que las prohibiciones de contratar afectan a la aptitud del contratista para contratar a partir del momento de su inscripción en el correspondiente Registro de licitadores o a partir



de la sentencia firme o resolución administrativa firme, por las conductas tipificadas en el artículo 71 al 73 LCSP, y si hubiesen fijado la duración y alcance de la prohibición. Antes de ese momento no tienen efectos retroactivos, procediendo, por todo lo expuesto, la declaración de nulidad de estas obligaciones esenciales.

3. Vulneración del principio de seguridad jurídica (artículos 9.3 CE, 39.3 Ley 39/2015 y 140 LCSP).

A juicio de la CNC, las relaciones y obligaciones esenciales que nacen de un contrato de servicios quedan supeditadas en el presente PCAP, al formalizar el contrato, a la circunstancia de que el contratista –que en el momento de la formalización de contratar no se encontraba incurso en prohibición de contratar–, en un momento futuro, y en un contrato con un plazo de ejecución de más de 3 años, pueda considerar el órgano de contratación que está incurso en algún incumplimiento administrativo que diera lugar a una prohibición de contratar. Es decir, de una circunstancia inexistente al tiempo de la formalización del contrato puede derivar la resolución del mismo y la imposición de penalidades.

4. Incumplimiento del artículo 211 de la LCSP en cuanto a la configuración de una causa de resolución del contrato. El artículo 211.1.f) establece que es causa de resolución del contrato:

“f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1º. Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2º. Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.

Considera la CNC que el pliego es un contrato de adhesión y que la jurisprudencia tiene muy matizado el principio de libertad de pactos en el ámbito del derecho administrativo. Y que el



mayor incumplimiento radica en el hecho de que la obligación declarada esencial (la *“obligación durante la ejecución del contrato y hasta su liquidación de mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar”*), ni es clara, ni es precisa, ni es inequívoca, por lo que procede su declaración de nulidad.

A diferencia del derogado TRLCSP, la vigente LCSP no permite introducir en los pliegos causas de resolución expresamente previstas para cada contrato. Cita al efecto el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía nº 639/2019, de 3 de octubre, para concluir que el contrato no puede introducir causas de resolución distintas de las contempladas legalmente en el artículo 211 de la LCSP.

5. Quebranto del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículos 9.3 de la CE, 39.3 de la Ley 39/2015, 26 de la Ley 40/2015 y 72 y 73 de la LCSP). Cita la CNC el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) 45/13 y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2021, e insiste que las prohibiciones de contratar producen efecto desde su inscripción en el ROLECE y respecto a contratos futuros, sin que sea admisible su aplicación retroactiva.

En el informe 45/13 la JCCPE declaró que la incursión sobrevenida en prohibición de contratar por el contratista surte efectos exclusivamente *“hacia adelante”*, por lo que carece de efecto alguno para los contratos en vigor. Los efectos de la prohibición de contratar se producen desde la fecha en que se inscribe en el ROLECE, sin que llegue a producir eficacia retroactiva respecto de los contratos que están en vigor en el momento en que se acuerde aquélla. La prohibición de contratar implicará que el empresario no puede resultar adjudicatario de nuevos contratos posteriores a la misma, al carecer de aptitud para contratar (artículo 54 del TRLCSP).

Tercero. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP, el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal un informe en el que se opone a la estimación del recurso, contestando a las alegaciones de la CNC del siguiente modo:

1) Se refiere ADIF, en primer lugar, a la finalidad perseguida con las obligaciones esenciales que se impugnan, y afirma que ninguna cláusula del PCAP, en particular las mencionadas 27 y 39, implican que ADIF esté dejando a su propio criterio y mucho menos sin contar con un



acto administrativo o una sentencia judicial firme y definitiva, la consideración de que el adjudicatario se encuentre en prohibición de contratar.

2) Las supuestas consecuencias jurídicas desproporcionadas (que la recurrente anuda a la posibilidad de imponer penalidades de hasta el 10% del importe del contrato, junto a la resolución del mismo, la prohibición de contratar o la obligación de resarcir daños y perjuicios) no han sido creadas *ex novo* por ADIF, sino que tienen su base en la propia LCSP (artículos 71.2.c), 193.4, 194.1 y 213).

3) Considera que carecen de sustento jurídico las alegaciones del recurrente sobre la supuesta falta de concreción de las obligaciones esenciales impugnadas. La letra c) de la cláusula 27 pretende evitar que se realicen prácticas colusorias por parte de los licitadores o adjudicatarios, que puedan vulnerar los principios de libre competencia y que puedan dar lugar a Resoluciones de la CNMC, como las que recientemente ha impuesto dicho Organismo a varias de las empresas que suelen concurrir a las licitaciones de ADIF.

4) ADIF invoca el principio de libertad de pactos de los artículos 1255 del Código Civil y 34.1 de la LCSP y entiende que el órgano de contratación puede establecer cláusulas como las recurridas que determinen qué conductas se consideran incumplimientos graves durante la ejecución o constituyen causas de resolución no expresamente previstas en la legislación.

5) En cuanto a las concretas conductas reprobadas en la cláusula 27 del PCAP, insiste en que la finalidad es evitar las conductas empleadas por algunos de los principales licitadores de ADIF y que han sido sancionados por infracciones en materia de competencia por la CNMC.

Invoca ADIF el artículo 150.1 de la LCSP (que regula las actuaciones que ha de adoptar la Administración contratante cuando, en el ejercicio de sus funciones, la mesa de contratación tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación) y el artículo 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE, que permite a los poderes adjudicadores excluir de la participación de un procedimiento de contratación a aquellos operadores económicos en quienes aprecie indicios suficientes de falseamiento de la competencia, para concluir que, si el órgano de contratación puede excluir de la licitación por incumplimiento de la obligación esencial de respetar los principios de libre mercado y defensa de la competencia, también



podrá proceder a la resolución del contrato cuando el incumplimiento se produzca en la fase de ejecución.

6) El artículo 211.f) de la LCSP permite establecer causas de resolución no previstas expresamente en la Ley cuando se configuren como obligaciones esenciales y se den los requisitos exigidos: respetar los límites de la libertad de pactos del artículo 34.1, y figurar de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos. Entiende ADIF que, directamente vinculadas con las prerrogativas de que dispone la Administración para garantizar la correcta ejecución del contrato se encuentran las obligaciones esenciales impugnadas, que evitan el desarrollo de ciertas prácticas que atentan contra la buena fe y el derecho de la competencia, tal y como ha declarado la CNMC. Entiende ADIF que quien ha sido declarado en prohibición de contratar, bien sea por un incumplimiento de sus obligaciones fiscales, de la seguridad social, o cualquier otra causa tasada en la Ley, pone en duda la correcta ejecución del contrato.

Frente al informe 45/13 de la JCCPE, ADIF, tras citar doctrina del Consejo de Estado (dictamen nº 3428/1999), y del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictamen 212/2014) –que consideran que condiciones esenciales han de estar íntimamente vinculadas al objeto y elementos del contrato en particular– cita el informe 1/95 de la Abogacía General del Estado, para concluir que dichas obligaciones esenciales vinculadas al objeto del contrato puedan determinar, en caso de incumplimiento, la ineficacia del contrato con efectos *ex nunc*.

7) Cita como ejemplo la declaración de concurso del contratista, que es causa de prohibición de contratar (artículo 71.1.c) de la LCSP) y que, a su vez, se configura como causa de resolución en el artículo 211.1.b) de la citada Ley, lo que, a juicio de ADIF, significa que el legislador está determinando que lo que se establece como prohibición de contratar pueda acarrear la resolución del contrato.

8) En cuanto a la ilicitud *stricto sensu* de las cláusulas recurridas, ADIF cita al efecto el informe 22/16 de la Junta Consultiva, que declara que *“la prohibición de contratar sobrevenida solo puede ser causa de resolución del contrato en el caso de que se establezca expresamente en los documentos contractuales”*, e informes de Juntas Consultivas Autonómicas en el mismo sentido.



9) En cuanto a la supuesta vulneración del principio *no bis in ídem*, añade ADIF que la posibilidad de imponer penalidades del hasta el 10%, con el límite del 50% del precio de contrato, es legalmente compatible con la posibilidad de resolver el contrato, siendo ambas independiente de la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados que, en el caso de prácticas colusorias, viene impuesta en el artículo 72 de la Ley de Defensa de la Competencia.

10) Finalmente, ADIF aprecia mala fe en la interposición del recurso por parte de la entidad recurrente, que ha interpuesto más de 10 recursos contra ADIF en el último año y medio sin impugnar en ellos las cláusulas que ahora recurre, en este y en otros contratos, dilatando y perjudicando la actuación de ADIF, y solicita por ello la imposición de una multa a la recurrente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.2 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente procedimiento se rige por la ya citada LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso conforme a lo dispuesto el artículo 45.1 de la LCSP.

Tercero. El recurso se ha presentado por persona que, en su condición de Secretario General de la CNC acredita poder bastante para actuar en representación de la entidad recurrente.

En cuanto a la legitimación, el artículo 48 de la LCSP dispone en su inciso final que *“En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*. Concorre en la CNC legitimación para recurrir unos pliegos cuyo contenido considera nulo y lesivo de los intereses de las empresas del sector que representa. Como se indicó en la Resolución nº 898/2021, de 15 de julio, en relación a la misma entidad recurrente:

“Debe entenderse que la reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello. A este respecto, cabe recordar que, como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones



de este Tribunal, (entre ellas, las nº 29/2011, nº 248/2012 y, muy particularmente, por referirse a esta misma recurrente, en la muy reciente nº 219/2013), '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 en defensa de intereses colectivos de manera que abarca casos como el presente (por todas, 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 de la reclamación".

Cuarto. El recurso se refiere a un contrato de servicios que, por su valor estimado, es susceptible de recurso especial en materia de contratación, pues supera el importe de 100.000 de euros (artículo 44.1.a) de la LCSP).

Se recurren los pliegos de la licitación, acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP.

Quinto. El recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Sexto. Entrando en las cuestiones de fondo del recurso, procede examinar la adecuación a Derecho de dos cláusulas del PCAP que contemplan sendas obligaciones contractuales calificadas como esenciales:

a) La cláusula 27.1.c) del PCAP, que impone a los licitadores y al adjudicatario la obligación de *"abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia"*.

b) La cláusula 39 del PCAP que, a efectos de apreciar la causa de resolución establecida en el artículo 211.1.f) de la LCSP, considera incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales la infracción del deber del contratista adjudicatario, durante la ejecución del

contrato y hasta su liquidación, de “*mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar*”.

En concreto, procede examinar si dichas cláusulas:

1º. Pueden configurarse como una obligación esencial. Denuncia que incurren en imprecisión o falta de concreción.

2º. Entrañan una multiplicidad de sanciones y vulneran el principio “*no bis in ídem*” y el principio de proporcionalidad.

3º. Infringen el principio de seguridad jurídica.

4º. Vulneran el artículo 211 de la LCSP en cuanto a la configuración de una obligación esencial como causa de resolución contractual.

5º. Infringen el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Séptimo. Los distintos motivos de recurso alegados por la CNC giran en torno a una misma premisa básica: la imposibilidad de configurar como obligación esencial (y, a partir de ella, como causa potestativa de resolución contractual) la exigencia de que el adjudicatario, durante toda la fase de ejecución del contrato, se abstenga de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia y de que se mantenga en situación de no estar incurso en prohibición de contratar.

Para resolver la cuestión planteada comenzaremos exponiendo por razones de sistemática, los requisitos que han de reunir las obligaciones para que el PCAP pueda elevarlas a la categoría de obligaciones esenciales, para, a continuación, analizar si se reúnen por las controvertidas: abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia y mantenerse en situación de no estar incurso en prohibición de contratar.

- I. Requisitos básicos y comunes que deben reunir las obligaciones, para poder ser calificadas como esenciales.



El artículo 211.1 f) de la LCSP identifica a las obligaciones esenciales de un contrato, al enumerar y fijar los requisitos de las causas de resolución de este.

El artículo 211.1.f) establece que es causa de resolución del contrato:

“f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

1º. Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2º. Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.

Dada la literalidad del precepto, cuando señala *“Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales”*, resulta evidente que solo pueden ser calificadas como tales las obligaciones vinculadas al contrato y a su ejecución.

De conformidad con lo expuesto, se puede fijar un primer requisito que ha de reunir una obligación para poder ser calificada como esencial: que su cumplimiento resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte (en esa misma línea, vinculando la obligación esencial con la prestación objeto de contrato vid el artículo 122.3 de la LCSP). A sensu contrario, obligaciones ajenas al objeto del contrato y a su ejecución, no pueden elevarse a la categoría de obligación esencial de este.

Un segundo requisito es que se identifiquen de forma expresa y deliberada, por ello, el órgano de contratación ha de señalarla de forma clara, inequívoca y expresa, para que su contenido y alcance no suscite dudas, dadas las consecuencias que la ley anuda a su incumplimiento: la resolución contractual y/o la imposición de penalidades.



Como ha señalado el Consejo de Estado (por todos, dictamen nº 3428/1999, de 18 de mayo de 2000):

“La legislación de contratos administrativos exige que se trate del incumplimiento de obligaciones contractuales ‘esenciales’. Sólo cuando la obligación incumplida constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes, podrá llegarse a la resolución del contrato”.

Y, como continúa señalando:

“...una obligación no deviene esencial por ser calificada como tal en el pliego y en el contrato, sino que ésta debe serlo “ab initio”, esto es, debe estar íntimamente vinculada al objeto y elementos de un contrato en particular, de manera que constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes”.

- II. Sobre si no encontrarse incurso en causa de prohibición para contratar reúne los requisitos para configurarse como una obligación esencial.

Recordemos la redacción de la cláusula en cuestión:

“Cláusula 39. Resolución del contrato.

La resolución del contrato se regirá por lo establecido con carácter general en los artículos 211 a 213 de la LCSP y específicamente para el contrato de servicios en el artículo 313 de la LCSP.

A los efectos de apreciar la causa de resolución establecida en el artículo 211.1 f) de la LCSP, se considerarán incumplimientos de obligaciones contractuales esenciales:

(...)

- El contratista adjudicatario estará obligado durante la ejecución del contrato y hasta su liquidación a mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar. Cuando el contratista, tras la formalización del contrato, durante su ejecución o antes de su liquidación, hubiera sido declarado en prohibición de contratar con esta Entidad o con el Sector Público*

Estatal, así como cuando de forma sobrevenida a la formalización contractual se encuentre incurso en prohibición de contratar, la Entidad quedará facultada para resolver el contrato.”

No encontrarse incurso en prohibición para contratar es la obligación esencial que tipifica la cláusula en cuestión. Ahora bien, esta cláusula no precisa ni directa ni indirectamente (por ejemplo por remisión al artículo 73.3 de la LCSP) qué debe entenderse por “encontrarse incurso” a los efectos de su aplicación.

Atendido lo anterior, este Tribunal aprecia que la cláusula no se encuentra redactada de forma precisa, clara e inequívoca, lo que conduciría *per se* a su anulación, pero es que, además, como seguidamente expondremos, la cláusula ha de ser anulada ante la ausencia de vinculación con el objeto de contrato.

Como anteriormente hemos señalado, el artículo 211.1 f) de la LCSP conduce a considerar que solo puedan elevarse a causa de resolución del contrato, los incumplimientos de obligaciones de este, aunque no constituyan la obligación principal y, en consecuencia, a excluir que puedan incluirse causas de resolución contractual, incumplimientos generales o derivados de otros contratos. Es más, no cualquier incumplimiento de una obligación contractual puede configurarse como causa de resolución sino solo aquellas calificadas previamente como esenciales.

Siendo ello así, la consecuencia no puede ser otra que rechazar que encontrarse incurso en una prohibición para contratar, cuya declaración deriva de situaciones ajenas a la ejecución del contrato en cuestión, pueda configurarse como obligación esencial de este.

Resta un último y no menos importante argumento. Las prohibiciones de contratar son circunstancias legalmente previstas que impiden a determinadas personas físicas o jurídicas participar en los procedimientos de contratación del sector público, de ahí que su interpretación deba ser restrictiva tanto en cuanto al supuesto de hecho para su aplicación como en cuanto a su vigencia inicial y retroactiva, esto es, la posible extensión de sus efectos respecto de contratos ya adjudicados que se encuentren en fase de ejecución.

En punto a lo primero, la LCSP, tras regular en su artículo 72, apartados 1 y 2, la competencia para apreciar una prohibición de contratar, y en sus apartados 3 y 4, la competencia para declararla, establece en su artículo 73.3 lo siguiente:

“Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

En el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente”.

Por tanto, para que una prohibición de contratar de las enumeradas de forma taxativa en el 71 produzca efectos hace falta su inscripción en el ROLECE o en el registro correspondiente, a menos que la sentencia o resolución administrativa que la imponga se haya pronunciado expresamente sobre su alcance y duración.

En cuanto a la proyección temporal de dichos efectos, es reiterada la doctrina de este Tribunal sobre la aplicación de la prohibición para contratar, que precisa declaración de alcance y duración: *dies a quo* y *dies ad quem*, siguiendo para la primera la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª núm.115/2021, de 14 de septiembre (Resoluciones nº 1375/2021, 1377/2021, 1376/2021, 1379/2021 y 1300/2021, 1378/2021). En esa misma línea debemos hacernos eco del Acuerdo del Pleno de este Tribunal de fecha 5 de abril de 2022.

Pues bien, del citado Acuerdo y a los efectos de la presente litis, debemos resaltar las siguientes conclusiones:

- *Las prohibiciones para contratar se aplicarán a todos los licitadores que concurran a un procedimiento de contratación sujeto a la LCSP, no solo al propuesto como adjudicatario.*
- *Los licitadores deberán no encontrarse incursos en prohibición para contratar al fin del plazo de presentación de ofertas.*
- *El licitador propuesto como adjudicatario no podrá encontrarse incurso en prohibición para contratar, al tiempo de la celebración del contrato.*
- *Durante la licitación el órgano de contratación podrá exigir que se acredite no encontrarse incurso en prohibición para contratar, cuando aprecie indicios de lo contrario y no solo en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.*
- *Encontrarse en causa de prohibición para contratar es causa de exclusión.*



Las conclusiones anteriores establecen una necesaria vinculación de las prohibiciones para contratar con la licitación de un contrato y no con su ejecución y, en consecuencia, a rechazar que puedan incorporarse a los Pliegos de una licitación como obligación esencial y para su resolución.

A mayor abundamiento, consideramos que ello supondría una aplicación retroactiva incompatible con la naturaleza jurídica de las prohibiciones para contratar, que sin ser sanciones son normas claramente restrictivas de derechos (cuestión esta sobre la cual posteriormente incidiremos).

Las razones anteriores conducen a este Tribunal a rechazar que “no encontrarse incurso en prohibición para contratar”, pueda configurarse como obligación esencial del contrato y, en consecuencia, a anular en dicho aspecto la cláusula 39 del PCAP.

- III. Sobre si la obligación de abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, reúne los requisitos para configurarse como una obligación esencial.

Recordemos la redacción de la cláusula en cuestión:

“Cláusula 27. Integridad y lucha contra el fraude.

1.- Obligaciones de las empresas licitadoras y del adjudicatario.

La participación en la licitación a que se refiere el presente pliego supone la asunción por parte de los licitadores y del ulterior adjudicatario del contrato de las siguientes obligaciones:

(...)

c) Respetar los principios de libre mercado y de concurrencia competitiva, y abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, como por ejemplo los comportamientos colusorios o de competencia fraudulenta (ofertas de resguardo, eliminación de ofertas, asignación de mercados, rotación de ofertas, etc.).

(...)



2.- Consecuencias del incumplimiento

El incumplimiento para las empresas licitadoras de las reglas de conducta definidas en esta cláusula puede derivar en causa de exclusión en la participación del procedimiento de licitación correspondiente, así como, caso de que concurran los supuestos contemplados en la legislación vigente, en causa prohibición de contratar.

En relación con la empresa adjudicataria, las reglas de conducta definidas en esta cláusula tienen la consideración de obligaciones esenciales, y su infracción se califica como infracción muy grave, quedando facultada la Entidad Contratante para, en función de las circunstancias que concurran y teniendo en cuenta los principios de graduación de la sanción, contradicción y proporcionalidad, bien imponer una penalidad de hasta el 10% del precio del contrato (IVA no incluido) por cada incumplimiento, sin que el total de las mismas pueda superar el 50% del precio del contrato, bien por resolver el contrato por causa imputable al contratista con los efectos correspondientes. Las anteriores penalidades son independientes del deber de resarcimiento de los daños y perjuicios que las conductas contrarias a lo establecido en la presente cláusula hayan ocasionado a la Entidad Contratante.

El incumplimiento de estas obligaciones podrá, en los supuestos contemplados en la legislación vigente, constituir causa de prohibición de contratar.”

La cláusula 27, al imponer a los licitadores y adjudicatario el deber de respeto a los principios de la libre competencia, puede enmarcarse en el genérico deber que el artículo 132.3 de la LCSP impone al órgano de contratación de velar "en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia".

Ahora bien, el PCAP va más allá al imponerla específicamente como obligación esencial, siendo esta la que es objeto de impugnación, en tanto se anuda a su incumplimiento la imposición de penalidades o la resolución del contrato.

Por ello, con independencia de los efectos que pudieran derivarse del incumplimiento de la normativa de Defensa de la competencia con carácter previo o durante el procedimiento de contratación (como podría ser la propia nulidad del contrato de concurrir causa de prohibición de contratar en el contratista en el momento de la adjudicación ex art. 115.2.a de la LCSE), la controversia se centra en la configuración del deber de abstenerse de realizar conductas que



tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, como una obligación esencial.

Fijados los términos del debate, en el presente caso no cabe apreciar la necesaria vinculación con el objeto del contrato, pues se impone un cumplimiento abstracto (e innecesario, pues dicho deber de cumplimiento ya deriva de la propia normativa de Defensa de la competencia) de los principios del libre mercado y de concurrencia competitiva, anudándose a su incumplimiento, sin vinculación alguna con el objeto del contrato, consecuencias en la esfera jurídica del contrato como la imposición de penalidades o su resolución.

No puede aceptarse, en este sentido, el argumento del órgano de contratación, de entender que dicha cláusula viene impuesta por el artículo 6 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, pues dicho precepto tiene por objeto asegurar que los fondos correspondientes al PRTR se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, no una mera defensa abstracta de la legalidad de Defensa de la competencia.

Por otro lado, aun prescindiendo de su falta de vinculación con el objeto del contrato, dicha cláusula, cuyo incumplimiento se configura como causa de resolución en la cláusula 27 del PCAP, tampoco supera su examen a la luz del principio de transparencia, pues está redactada de forma genérica, sin establecer de forma precisa e inequívoca la obligación que debe cumplir el adjudicatario tal como exige el artículo 211.1.f.2º de la LCSP, refiriéndose de forma abstracta al deber de cumplimiento los "*principios del libre mercado y de la concurrencia competitiva*", deber que sólo cabe concretar por remisión a las normas de Defensa de la competencia, de modo que dicha cláusula no estaría estableciendo ninguna obligación concreta en relación al contrato, pues dicho deber ya estaría impuesto a los licitadores por las indicadas normas, las cuales ya reflejarían las consecuencias derivadas de su infracción, sin que pueda comprenderse qué obligación concreta y específica está imponiendo la cláusula más allá de la general establecida en las normas que disciplinan la competencia.

Las razones anteriores conducen a anular la cláusula 27 del PCAP, por cuanto configura como obligación esencial del contrato, la de abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto

o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, sin que esta reúna los requisitos necesarios para ello.

Octavo. Continuando, por razones sistemáticas, por el motivo de recurso relativo al vulneración de los principios *non bis in idem* y de proporcionalidad, tal y como indica el órgano de contratación, la propia LCSP admite la compatibilidad entre las penalidades impuestas por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, la prohibición de contratar, la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios.

Así, el artículo 71.2.c) de la LCSP regula como causa de prohibición de contratar el incumplimiento de las cláusulas esenciales del contrato, siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 193.4 de la LCSP, al regular el régimen de penalidades, permite que, cada vez que éstas alcancen un múltiplo del 5% del precio del contrato, el órgano de contratación pueda acordar la resolución del contrato.

Y los artículos 194.1 y 213.2 de la LCSP prevén la compatibilidad de las penalidades y la resolución contractual, respectivamente, con la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración, en aplicación del principio general de indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios sufridos.

Por tanto, debe rechazarse el motivo de recurso relativo a la vulneración de los principios *non bis in ídem* y de proporcionalidad, por el hecho de que una misma circunstancia (la exigencia impuesta al adjudicatario de abstenerse de realizar conductas contrarias a la competencia y de mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar), se configure en el PCAP como obligación contractual esencial, como penalidad, como causa potestativa de resolución contractual y como causa generadora de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, pues ello está expresamente contemplado en la Ley.

Tampoco la concreta configuración de las penalidades previstas, a estos efectos, en el pliego incurre en desproporción, pues se ajusta a lo dispuesto en el artículo 192.1, inciso final, de la LCSP, con arreglo al cual:



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

Y tal es precisamente la redacción que se acoge en la cláusula 27.2 del PCAP. A mayor abundamiento, se prevé expresamente la aplicación de una u otra medida *“en función de las circunstancias que concurran y teniendo en cuenta los principios de graduación de la sanción, contradicción y proporcionalidad”.*

Se advierte, en consecuencia, que la redacción incorporada al PCAP es respetuosa con la regulación de la LCSP, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

Noveno. Procede examinar, seguidamente, si las referidas obligaciones esenciales pueden recogerse en el PCAP como causa de resolución contractual (cláusula 39 del PCAP), al amparo del artículo 211.1.f) de la LCSP, a cuyo tenor:

“ (...).

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

1º. Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2º. Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.

Como ya se ha indicado, las cláusulas recurridas no están formuladas con la debida precisión, ni de forma clara e inequívoca, como exige su configuración como causa de resolución del artículo 211.1.f) de la LCSP.

Por otra parte, existiendo una normativa expresa en la LCSP, no es admisible que los pliegos puedan apartarse de la misma y establecer como causa autónoma de resolución, no encontrarse incurso en prohibición para contratar y la de no abstenerse de realizar conductas



que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, al amparo del principio de libertad de pactos.

Este Tribunal ya se ha pronunciado en sentido negativo, rechazando que puedan configurarse causas autónomas de resolución fuera de las legalmente tipificadas como tales en la Ley 9/2017. Así, en nuestra reciente Resolución nº 1068/2022, al recurso 956/2022, ya señalamos:

“Hemos declarado en varias resoluciones, entre otras en la 80/2022, 1442/2021, 1581/2020 y 282/2020, que, a diferencia de la posibilidad que establecía la letra h) del artículo 223 i) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de añadir, además de las causas de resolución de contrato allí señaladas y las que específicamente también se señalaban en la citada Ley para cada categoría de contrato, otras distintas que podían establecer los órganos de contratación o las entidades contratantes en los PCAP o pliegos de condiciones particulares, en función y específicamente para el contrato que se adjudicaba (“ Las establecidas expresamente en el contrato”), sin embargo, esta última posibilidad de añadir causas de resolución del contrato, ha desaparecido en el artículo 211.1 de la vigente LCSP.

Por tanto, la situación actual es sumamente restrictiva, ex lege, a admitir la creación de cláusulas en los pliegos que introduzcan causas de resolución del contrato diferentes a las señaladas en la LCSP y así este Tribunal ha anulado distintas cláusulas que contravenían dicha prohibición, como así hicimos en las resoluciones antes citadas y en otras tantas”.

En el mismo sentido, si bien antes de la entrada en vigor de la actual LCSP, la JCCPE admitió que por vía convencional, esto es, en los pliegos o en el contrato, se pudiera atribuir eficacia retroactiva a las prohibiciones de contratar (Informe de 22/16, de 10 de octubre de 2018, relativo a la *“Eficacia de las prohibiciones de contratar”*), posteriormente abordó esta cuestión en su Informe 12/2021 y, en concreto, si cabe introducir en los pliegos, al amparo de la legislación vigente (la LCSP), causas de resolución vinculadas a un incumplimiento sobrevenido en materia de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (circunstancia que constituye causa de prohibición de contratar) por parte de los adjudicatarios, llegando a la conclusión de que no era posible:

“4. Partiendo de las anteriores conclusiones es ya posible contestar a la primera de las cuestiones que se planteaba en la presente consulta, esto es, si cabe introducir en los pliegos,



al amparo de la legislación vigente, causas de resolución vinculadas a un incumplimiento sobrevenido en materia de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por parte de los adjudicatarios.

La respuesta obviamente ha de ser negativa por varias razones que vamos a analizar a continuación.

- En primer lugar, es importante recordar que la LCSP ya no autoriza la inclusión de causas de resolución que no estén expresamente establecidas con carácter general o para cada tipo de contrato en particular, con la excepción de lo establecido en el artículo 211 f) de la LCSP. Esta causa de resolución derivada del incumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por parte de los adjudicatarios no está contemplada en la LCSP en ningún caso.

- En segundo lugar, porque en la medida en que la ley ya no concede al órgano de contratación la facultad de incluir en el pliego otras causas de resolución que las establecidas en la ley, lo cierto es que el incumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por parte de los adjudicatarios, desde el punto de vista técnico jurídico no es una causa de resolución sino un supuesto de prohibición de contratar, es decir, un caso de falta de aptitud para contratar con las entidades del sector público. Así lo establece el 71.1 d) de la LCSP, que trata como un supuesto de prohibición:

'd) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen.'

Por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social es un requisito de aptitud, que se ha de acreditar durante la fase de selección del contratista (STS de 28 de septiembre 2020) y cuya omisión constituye en este momento un impedimento obstativo para contratar, pero cuyos efectos no se proyectan sobre un contrato que se encuentre ya en la fase de ejecución. Este es el criterio que viene manteniendo esta Junta Consultiva en multitud de informes. Por ejemplo, en nuestro informe 45/13, de 26 de febrero de 2015 señalamos que los contratos están en vigor y obligan al adjudicatario en tanto en cuanto no se extingan por causa, bien de cumplimiento, bien de su resolución, entre cuyas causas no se encuentra el incumplimiento de las obligaciones tributarias o con la Seguridad



Social ni tampoco la concurrencia de una prohibición de contratar. Por ello, ya indicamos que el hecho de que se acuerde la prohibición de contratar de un contratista afecta a la aptitud del contratista para contratar en lo sucesivo, de modo que a partir de ese momento carecerá de ella, pero no afecta a los efectos de los contratos de los que haya resultado adjudicatario en un momento anterior y que estén siendo ejecutados, salvo que obviamente la ley contemple expresamente la circunstancia que determina la prohibición como un supuesto de resolución del contrato. Este es el caso de la declaración de concurso del artículo 211.1 b) de la LCSP, pero no el del incumplimiento de las obligaciones fiscales o de la Seguridad Social.

- En tercer lugar porque, a pesar de que el órgano de contratación pueda disponer de una libertad limitada para establecer obligaciones contractuales esenciales en los términos que antes señalamos, el cumplimiento de las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social no es una obligación que derive del contrato mismo, sino de las normas que regulan la actividad propia de la Administración tributaria o de la Seguridad Social, de modo que no guardan una relación directa con la ejecución del contrato en cuestión, resultando su origen plenamente extracontractual.”

Y concluye la Junta Consultiva en el informe 12/2021 parcialmente transcrito lo siguiente:

“1. El cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social es un requisito de aptitud para contratar, que se ha de acreditar durante la fase de selección del contratista y cuya omisión constituye un impedimento obstativo para contratar, pero cuyos efectos no se proyectan sobre un contrato que se encuentre ya en la fase de ejecución. El posible incumplimiento de estas obligaciones no puede tener el carácter de obligación contractual esencial por razón de su origen puramente extracontractual, razón por la cual no resultaría de aplicación el artículo 211 f) de la LCSP.

2. La LCSP ya no concede al órgano de contratación la facultad de incluir en el pliego otras causas de resolución que las establecidas en la ley, razón por la cual el incumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por parte de los contratistas no es una causa de resolución del contrato público, sino un supuesto de prohibición de contratar para ulteriores contratos”.

Atendido lo anterior, procede anular la cláusula 39 del PCAP, al no poder admitirse las analizadas como causa autónoma de resolución ni al amparo de lo dispuesto en el artículo 211.1 f) de la LCSP, por falta de los requisitos necesarios para ello.

No modifica la anterior conclusión, el argumento de ADIF en apoyo de su postura, en concreto invocando lo dispuesto en el artículo 150.1, párrafo tercero, de la LCSP y en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE.

Conforme al artículo 150.1, párrafo tercero, de la LCSP:

“Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo.”

El referido desarrollo reglamentario no se ha producido todavía y lo que es aún más importante, dicho precepto no se encuentra vigente conforme resulta de la Disposición final decimosexta, que al regular la entrada en vigor de la Ley expresamente señala:

“El tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo.”

Ítem más, la CNMC, en su informe de 22 de noviembre de 2018 (INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE), concluye a este respecto lo siguiente:

“El procedimiento sumarísimo contemplado en el artículo 150.1 de la LCSP, una vez regulado mediante el oportuno desarrollo reglamentario, será de aplicación a los expedientes de

contratación iniciados tras la entrada en vigor de dicho desarrollo reglamentario, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 116 de la LCSP sobre el inicio del expediente de contratación”.

El hecho de que la CNMC haya dictado ya varias resoluciones sancionadoras por prácticas contrarias a la competencia realizadas por contratistas habituales de ADIF, no ampara que dicha entidad pueda apreciar automáticamente la concurrencia de tales conductas al objeto de resolver sus contratos vigentes, ello sin perjuicio de dar traslado de los indicios detectados al órgano competente (la CNMC o la autoridad autonómica competente), cuya resolución sancionadora podrá dar lugar a la imposición de una prohibición de contratar.

ADIF también invoca la posibilidad de excluir de la licitación a aquellos licitadores en quienes concurren indicios suficientemente plausibles de conductas contrarias a la competencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE. Sin entrar en la cuestión relativa al posible efecto directo de dicho precepto (que configura las denominadas causas de exclusión potestativas que, precisamente por su carácter potestativo, no ha sido traspuesto por el legislador español en el artículo 71 de la LCSP), el Tribunal constata que el recurso no se centra en esta cuestión (posibilidad de excluir a licitadores sobre los que recaigan indicios plausibles de conductas contrarias a la competencia), sino en la aplicación de dichos indicios sobre el contratista que haya resultado adjudicatario del contrato, y en la fase de ejecución contractual, ya sea para imponer penalidades, ya para acordar la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales recogidas en el pliego.

Sin perjuicio de lo anterior cabe añadir que, cuando el legislador español ha querido admitir la aplicación de causas potestativas de exclusión, lo ha hecho expresamente. Tal es el caso de la regulación del control del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses que se incorpora, tras el Real Decreto Ley 36/2020, en sus Ordenes de desarrollo (Orden HFP/1030/2021 y Orden HPF/1031/2021, ambas de 29 de septiembre), en el marco del Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

Atendidas las razones expuestas, procede declarar la nulidad de la cláusula 39 del PCAP, por configurar como causas de resolución del contrato, no encontrarse incurso en prohibición para



contratar y abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, por no reunir los requisitos para ello al amparo del artículo 211.1 f) de la LCSP y no poder configurarse como causa autónoma de resolución.

Décimo. Resta examinar si la obligación esencial consistente en no encontrarse incurso en prohibición para contratar es contraria a los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos.

Esta cuestión se ha apuntado con anterioridad en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta resolución. Pasamos a desarrollarlo.

La eficacia temporal de las prohibiciones de contratar es una cuestión expresamente regulada en la LCSP (art. 73.3), que exige estar a la fecha en la que devinieron firmes la sentencia o resolución que las declare, si se pronuncian expresamente sobre su alcance y duración, o a la fecha de inscripción de la prohibición en el ROLECE o en el registro correspondiente, en otro caso. La determinación legal del momento de producción de efectos de una prohibición de contratar es una cuestión de orden público que el legislador aborda expresamente, en aras de la seguridad jurídica.

Establecer en los pliegos rectores de una licitación una regulación distinta de la legal puede, efectivamente, atentar contra el principio de seguridad jurídica, atribuyendo a determinadas prohibiciones de contratar (las que, tras la perfección del contrato, puedan imponerse al contratista adjudicatario del mismo) una eficacia retroactiva que no ha sido prevista por el legislador y que se aparta, en perjuicio de un determinado contratista, de la regulación general, lo que puede implicar una quiebra adicional del principio de igualdad, pues determinados contratistas tendrían, por vía convencional, unos perjuicios (imposición de penalidades y/o resolución de los contratos en ejecución de los que sean adjudicatarios) adicionales a ya muy gravosos efectos que, con carácter general, prevé la Ley (imposibilidad de contratar con el sector público durante el tiempo de declare la prohibición de contratar sobrevenidamente impuesta).

Como ha declarado la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2009, sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2016, 15 de diciembre de 2011 o 18 de enero de 2006), las prohibiciones de contratar no son una sanción administrativa, sin que sea aplicable su régimen administrativo, pero al ser un acto limitativo de derechos deben



aplicarse principios propios del derecho sancionador, como son la idoneidad, motivación y proporcionalidad. Cabe entender que, por el mismo motivo, resulta aplicable en este ámbito el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución), pues queda fuera de toda duda que las prohibiciones de contratar son actos limitativos de derechos.

La doctrina y las sentencias que admitían atribuir, por vía contractual, eficacia retroactiva a las prohibiciones de contratar se amparaban, como se ha indicado, en la regulación de las causas de resolución contractual del derogado TRLCSP. No admitiendo la vigente LCSP una obligación contractual esencial desvinculada del objeto del contrato, y no admitiendo la vigente LCSP el establecimiento de nuevas causas de resolución por vía contractual, procede estimar el presente recurso y anular las cláusulas 27.1.c) y 39 del PCAP, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al de su aprobación.

Undécimo. Este recurso no estima todos los motivos invocados por el recurrente. En concreto, se rechaza el que se analiza en el Fundamento de Derecho Octavo de esta resolución. Ahora bien, la consecuencia es la estimación total por cuanto la pretensión de nulidad se contrae a las cláusulas 27 1 y 2 y 39 del PCAP, cuya nulidad se declara por varios de los motivos que este Tribunal estima.

Estimación del recurso que impide apreciar mala fe en su interposición e imponer a la entidad recurrente la multa solicitada por ADIF.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M. S. L., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) contra los pliegos aplicables al contrato de servicios de *“Adecuación de taludes y trincheras en el ámbito de la red de ancho métrico de Vizcaya perteneciente a las líneas 780 Bilbao Concordia-Carranza y 790 Aranguren-Balmaseda”* (expediente 3.22/27520.0054) licitado por ADIF, acordando la anulación de las cláusulas 27.1.c) y 27.2 39 del PCAP, con el alcance señalado en los Fundamentos de



Derecho Séptimo, Noveno y Décimo de la presente resolución y con retroacción de las actuaciones al momento anterior al de su aprobación.

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.