Recurso nº 998/2022
Resolución nº 1113/2022
Pleno del Tribunal

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 27 de septiembre de 2022.

VISTA la reclamación interpuesta por D. M. S. L., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra los pliegos aplicables al contrato de "*Ejecución de obras correspondientes al proyecto de construcción de mejora integral de infraestructuras de la línea de alta velocidad Madrid- Sevilla, Tramo a: Madrid-YELES"* (expediente 3.22/20810.0046) licitado por ADIF Alta Velocidad, el Pleno del Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 4 de julio 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 "*Ejecución de obras correspondientes al proyecto de construcción de mejora integral de infraestructuras de la línea de alta velocidad Madrid- Sevilla, Tramo a: Madrid-YELES*" (expediente 3.22/20810.0046) licitado por ADIF Alta Velocidad (en adelante ADIF AV), cuyo valor estimado es de 7.106.699,20 euros.

Dicha licitación se sujeta al Real Decreto-ley 3/2020, 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, esto es, a la contratación en materia de los denominados sectores excluidos.

También resulta aplicable al presente contrato, por la procedencia de los fondos con los que se financia, el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, PRTR).

Segundo. El 21 de julio de 2022 D. M. S. L., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), interpuso reclamación (que califica como recurso especial en materia de contratación) contra el Pliego de Condiciones Particulares (PCP) aplicable a la licitación del referido contrato.

La reclamación se fundamenta en los siguientes motivos:

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

Señala la reclamante que el pliego contiene obligaciones esenciales que, a su juicio, no cumplen los requisitos de la LCAP. En concreto, la cláusula 29 del PCP establece lo siguiente (el subrayado es nuestro):

«*Cláusula 29. Integridad y lucha contra el fraude.*

De acuerdo con el Plan de medidas antifraude de ADIF confeccionado con la finalidad de implementar medidas de prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, 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 PCP, 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.*

Además de las generales previstas en el derecho privado, las previstas en el RDL 3/2020, en Anexo de Condiciones Generales y en el presente pliego, serán causas de resolución del contrato las siguientes:

- Los incumplimientos de las obligaciones que, en el apartado IV.3 del Cuadro de características, se hubieran calificado como condiciones especiales del contrato.

(…)

- 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».

Además, el apartado IV.3.7 del cuadro de características configura las *"obligaciones esenciales"* como de *"condición de ejecución del contrato",* al establecer lo siguiente:

«3. CONDICIONES DE EJECUCIÓN

7. El cumplimiento de las obligaciones de integridad y lucha contra el fraude de las empresas licitadoras y del adjudicatario (art. 29 del RDL 3/2020 y Cláusula 29 del PCP) es una condición especial de ejecución».

Entiende la CNC que estas *"obligaciones esenciales"* (configuradas también como "*condiciones de ejecución del contrato")* 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 LCSP.

Tras citar los artículos 71 y siguientes de la LCSP, concluye la CNC que la mera situación de «*abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia»* y de permanecer «*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 PCP impugnado.

Añade la reclamante 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 PCP 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 reclamante 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 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 PCP, unas desproporcionadas consecuencias jurídicas:

- Multa de hasta el 10 % del importe del contrato.

- Resolución del contrato, conforme a las cláusulas 29.2 y 39 del PCP, 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.

- 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 los arts. 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 140.4 LCSP).

A juicio de la CNC, las relaciones y obligaciones esenciales que nacen de un contrato de servicios quedan supeditadas en el presente PCP, 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 13 meses, 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 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».

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 art. 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).

6**.** Inadecuación al objeto del contrato por vulnerar el art. 202. 1 en relación con el artículo 145 de la LCSP.

La CNC indica en su reclamación que el art. 202. 1 de la LCSP permite a los órganos de contratación incluir condiciones especiales de ejecución en los pliegos, pero siempre que estén vinculadas al objeto del contrato en el sentido del artículo 145, que no incluiría esta condición, porque si bien en su apartado 2. 1º, párrafo 3º, incluye la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual, esto no puede interpretarse como cualquier conducta de la empresa que, en el ámbito general de su actividad, haya dado lugar a una prohibición de contratar, sino que debería haberse articulado de forma

que la conducta que da lugar a la prohibición de contratar esté directamente ligada a la ejecución del contrato y con motivo de dicha ejecución.

Y, a juicio de la CNC, las condiciones especiales de ejecución que se consideran en nada están vinculadas a la ejecución del contrato, por lo que procede su declaración de nulidad. Cita a estos efectos la entidad reclamante doctrina sobre el requisito de vinculación de las condiciones especiales de ejecución al objeto del contrato.

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 de la reclamación por los siguientes motivos:

1) Señala ADIF AV, en primer lugar, que el presente contrato se rige en cuanto a su preparación y adjudicación por el ya citado Real Decreto-ley 3/2020. Sus efectos y extinción se regulan por lo dispuesto en el mencionado Real Decreto-Ley 3/2020, y en lo no previsto en esta norma se regularán por derecho civil. Ello, no obstante, indica ADIF AV que su intención es tratar los pliegos impugnados en identidad de circunstancias a aquellos otros que se sujetan a la LCSP, por lo que su informe se centra en lo dispuesto en la LCSP, que considera aplicable de forma supletoria a cualquier cuestión relativa a la contratación pública.

2) En segundo lugar, ADIF AV sostiene la extemporaneidad de la reclamación, interpretando el artículo 58 a) del Real Decreto-ley 36/2020 de acuerdo con el criterio manifestado por de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 8/2021, que sostiene que el plazo de 10 días naturales para la interposición del recurso especial es aplicable respecto de todos los actos mencionados en el artículo 50 de la LCSP y no sólo contra el acto de adjudicación. De acuerdo con ello, dado que los pliegos fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 4 de julio de 2022, la reclamación, interpuesta el día 21 de julio de 2022, sería extemporánea.

Añade ADIF AV que conoce la interpretación recogida en el Acuerdo de Pleno del TACRC de 27 de enero de 2022, con arreglo a la cual el plazo de 10 días naturales del artículo 58 del Real Decreto-ley 36/2020 sólo se aplica a los recursos que tengan por objeto el acto de adjudicación; pero pone de manifiesto la situación de inseguridad jurídica creada y los

desajustes que el criterio del Tribunal pueden generar, por la reducción de los plazos para la presentación de proposiciones prevista en el artículo 50.1.a) del Real Decreto-ley 36/2020, frente al mantenimiento de plazos de interposición del recurso especial contra los pliegos objeto de dicho procedimiento, pudiendo darse la paradoja de haber finalizado el plazo de presentación de proposiciones en un procedimiento abierto (15 días naturales desde el envío del anuncio al DOUE), incluso de haber procedido a su apertura, y no haber vencido todavía el plazo para la interposición de recurso especial (15 días hábiles).

3) Seguidamente, ADIF AV se refiere a la finalidad perseguida con las cláusulas esenciales que se impugnan, y afirma que ninguna cláusula del PCP, en particular las impugnadas, implican que ADIF AV 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.

4) Las supuestas consecuencias jurídicas desproporcionadas (que la reclamante 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 AV, sino que tienen su base en la propia LCSP (artículos 71.2.c), 193.4, 194.1 y 213).

5) Considera ADIF AV que carecen de sustento jurídico las alegaciones de la reclamante sobre la supuesta falta de concreción de las obligaciones esenciales impugnadas, que pretenden 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 AV.

6) ADIF AV 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.

7) En cuanto a las concretas conductas reprobadas en la cláusula 29 del PCP, insiste en que la finalidad es evitar las conductas empleadas por algunos de los principales licitadores de ADIF AV y que han sido sancionados por infracciones en materia de competencia por la CNMC.

Invoca ADIF AV el artículo 150.1, párrafo tercero, 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.

8) ADIF AV destaca que, en la medida en que el contrato está financiado con fondos del PRTR, la Orden HFP/1030/2021 y la Instrucción de la JCCPE de 23 de diciembre de 2021 señalan la obligación de que los pliegos incluyan necesariamente una referencia expresa a la obligación de aplicar al contrato el plan de medidas antifraude y anticorrupción, incluyendo el conflicto de intereses, que habrá de haber aprobado previamente la entidad decisora o ejecutora. La citada Orden Ministerial regula en su artículo 6 las medidas a adoptar en caso de que se detecte un posible fraude, o sospecha fundada que, previos los trámites indicados en dicho precepto, pueden dar lugar a la retirada del proyecto afectado por el fraude, lo que hace necesaria la inclusión de la opción de resolver en los pliegos.

9) Sostiene el órgano de contratación que las condiciones especiales de ejecución recurridas guardan relación con el objeto del contrato, pues un contrato en el que se desarrollan dichas prácticas perdería su principal finalidad de interés público y, siendo así, tales conductas han de operar como causas de resolución.

10) 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 AV 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 AV 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 AV, 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.*

11) 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 AV, significa que el legislador está determinando que lo que se establece como prohibición de contratar pueda acarrear la resolución del contrato.

12) En cuanto a la ilicitud *stricto sensu* de las cláusulas recurridas, ADIF AV 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.

13) En cuanto a la supuesta vulneración del principio *non bis in ídem,* añade ADIF AV 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

independientes 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.

14) Finalmente, ADIF AV aprecia mala fe en la interposición del recurso por parte de la entidad reclamante, que ha interpuesto más de 10 recursos contra ADIF AV 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 AV, y solicita por ello la imposición de una multa a la reclamante conforme al artículo 58.2 de la LCSP.

Cuarto. Por Acuerdo adoptado por la Sección 1ª de este Tribunal el 28 de julio de 2022 se apreció que *prima facie*, no concurría ninguna causa de inadmisibilidad del recurso y se decretó conceder la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afectase al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de la reclamación, la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente procedimiento se rige por el ya citado Real Decreto-ley 3/2020 (artículos 119 y siguientes) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Aunque la reclamante califica su escrito como *"recurso especial en materia de contratación",* con invocación íntegra de preceptos de la LCSP, la sujeción del contrato impugnado a la legislación sobre contratación en los sectores excluidos determina que el mismo haya de calificarse como reclamación sujeta al mencionado Real Decreto-ley, conclusión a la que se llega también en aplicación de la cláusula 43 del PCP, que regula la reclamación en materia de contratación aplicable a este contrato. El error en la calificación del recurso por el recurrente no es obstáculo a su tramitación conforme a su verdadera naturaleza, siempre que se deduzca su verdadero carácter (artículo 115.2 de la Ley

39/2015). Del mismo modo, aunque el órgano de contratación declare en su informe su intención de dar a la reclamación el tratamiento de recurso sujeto a la LCSP, el régimen jurídico material o sustantivo aplicable a un contrato es una cuestión de orden público que las partes no pueden alterar.

El contrato objeto de reclamación también se rige por el también mencionado Real Decreto-ley 36/2020.

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer de la presente reclamación conforme a lo dispuesto el artículo 120.1 del Real Decreto-ley 3/2020, en relación con el artículo 47 de la LCSP, al tratarse ADIF AV de un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública.

Tercero. La reclamación 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 reclamante.

En cuanto a la legitimación, el artículo 48 de la LCSP (aplicable por remisión del artículo 121 del Real Decreto-ley 3/2020) dispone en su inciso final que *«En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».* Concurre 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 reclamante:

«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. La reclamación se refiere a un contrato de obras que, por su valor estimado, es susceptible de reclamación en materia de contratación (artículos 119.1 y 1.1.c) del Real Decreto-ley 3/2020).

Se recurren los pliegos de la licitación, acto susceptible de reclamación conforme al artículo 119.2.a) del Real Decreto-ley 3/2020).

Quinto. Conforme al Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 27 de enero de 2022, la reclamación se ha interpuesto en el plazo de 15 días hábiles previsto en los artículos 50.1.b) de la LCSP y 121.1.b) del Real Decreto-ley 3/2020.

Trascribimos sus dos primeros puntos, dada su relación con la presente Litis:

«PRIMERO. Interpretación del artículo 58 a) del RDL 36/2020, alcance de la reducción del plazo para recurrir, que en el mismo se establece.

Para resolver la cuestión planteada es preciso partir de lo dispuesto en el artículo 58 del RDL 36/2020, que establece lo siguiente:

"Artículo 58. Recurso especial en materia de contratación

En los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y siempre que los procedimientos de selección del contratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica:

a) El órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación, la resolución de adjudicación del contrato. En este mismo supuesto, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando proceda, será de diez días naturales y se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

b) El órgano competente para resolver el recurso habrá de pronunciarse expresamente, en el plazo de cinco días hábiles desde la interposición del recurso, sobre la concurrencia de alguna de las causas de inadmisibilidad establecidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre y sobre el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas, incluidos los supuestos de suspensión automática".

La cuestión dudosa se contrae en resolver el alcance de la reducción del plazo para la interposición del recurso especial, que establece la letra a) del artículo citado: todos los actos susceptibles de recurso especial o solamente el acto que acuerde la adjudicación del contrato.

El plazo aplicable antes de la entrada en vigor del RDL 36/2020 era de quince días hábiles, con las excepciones aplicables, a los recursos que se funden en determinadas causas de nulidad del acto impugnado, conforme regula el artículo 50 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Atendido lo anterior, resulta evidente que el plazo para la interposición del recurso especial ha sido sensiblemente reducido en número y calidad de días computables, cuando resulte de aplicación lo dispuesto en la letra a) del artículo 58 del RDL 36/2020.

Sentadas así las bases y comenzando por una interpretación literal de lo dispuesto en la letra del a) del artículo 58 del RDL 36/2020, la conclusión es que el plazo de interposición del recurso especial resulta de aplicación solo cuando el acto objeto de recurso sea el acuerdo de adjudicación y, por lo tanto, no cuando se dirija frente al resto de acuerdos susceptibles de recurso especial.

Las razones para ello son las siguientes:

En primer lugar, el artículo 58 del RDL 36/2020 se estructura en dos partes, ambas relacionadas con el párrafo primero del mismo artículo, que delimita su ámbito de aplicación, esto es, a qué contratos resultarán de aplicación las reglas especiales que establece.

Así, el marco de los contratos afectados queda delimitado en los siguientes términos:

En los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y siempre que los procedimientos de selección del contratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica:

Pues bien, para dichos contratos la letra a) establece dos reglas:

a) El órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación, la resolución de adjudicación del contrato. En este mismo supuesto, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando proceda, será de diez días naturales y se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

En el primer inciso, aborda una regla del procedimiento de contratación, el plazo para la formalización de un contrato susceptible de recurso especial, para reducirlo y establecerlo en diez días. A continuación, en el segundo inciso establece "En este mismo supuesto", que el plazo de interposición será de diez naturales.

La literalidad del precepto es clarísima y la conclusión anterior se refuerza con la remisión que en el mismo se contiene al artículo 50.1 de la Ley 9/2017.

En efecto, la remisión al artículo 50.1 de la LCSP resulta indispensable a efectos de identificar el dies a quo, pues la letra d) del artículo 50 de la LCSP señala que:

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.

En segundo lugar, la citada letra regula el plazo para formalizar el contrato y para la interposición del recurso especial contra la adjudicación, señalando que en ambos casos aquel será de 10 días naturales.

Por el contrario, actualmente, cuando el contrato sea susceptible de recurso especial, el plazo para la formalización del contrato tras la adjudicación es de 15 días, salvo que las Comunidades Autónomas lo amplíen dentro del máximo de un mes (artículo 153.3 de la LCSP). Mientras que el plazo para la interposición del recurso especial contra el acuerdo de adjudicación es de 15 días en todo caso conforme dispone el artículo 50.1 de la LCSP. Es decir, que actualmente el plazo es el mismo, 15 días hábiles, para la formalización del contrato y para la interposición del recurso especial contra la adjudicación, pero pudiera perfectamente no serlo, si las Comunidades Autónomas hacen uso de la disposición prevista en el artículo 153.3 de la LCSP.

El cambio cuando resulte de aplicación el artículo 58 a) del RDL 36/2020, consiste en que el plazo será necesariamente el mismo para formalizar el contrato tras la adjudicación y para la interposición del recurso especial.

El artículo 58 a) del RDL 3/2020 regula así el plazo para la formalización del contrato y lo iguala al que establece para la interposición del recurso especial contra la adjudicación, no contra el resto de actos susceptibles de recurso especial.

En tercer lugar, la reducción del plazo de interposición del recurso especial que nos ocupa, es una norma especial frente al régimen general del recurso especial contenido en la LCSP y el Reglamento que lo desarrolla.

En efecto, la citada norma solo se aplicará a los actos dictados con ocasión de la tramitación de las licitaciones de contratos financiados con fondos procedentes del Plan de

Recuperación, Transformación y Resiliencia. Ello implica necesariamente una aplicación temporal ligada a la ejecución de los citados fondos.

Siendo ello así, al tratarse de una norma especial aplicable frente a la regla general, las dudas que suscite su interpretación, han de resolverse en favor de la más restrictiva, que en esta ocasión supone considerar que el plazo para la interposición del recurso especial se ha reducido solo cuando el acto impugnado sea la adjudicación del contrato.

A idénticas conclusiones, llegamos siguiendo una interpretación sistemática del conjunto del artículo 58 del RDL 36/2020.

En efecto, la letra a) de dicho artículo regula un supuesto específico, como es, el plazo para formalizar el contrato y para la interposición del recurso especial contra la adjudicación, señalando que en ambos casos aquel será de 10 días naturales.

Frente a dicho supuesto específico, en la letra b) de dicho artículo el legislador ha establecido con carácter general el plazo para resolver sobre la posible inadmisión del recurso especial y la adopción de medidas cautelares para todos los recursos especiales, con independencia del acto recurrido.

Atendido lo anterior, si el legislador pretendía realmente reducir el plazo del recurso especial con carácter general y con independencia del acto recurrido, debiera haberlo hecho en una letra específica y en similares términos a como ha procedido en la letra b) del mismo artículo 58 del RDL 36/2020, sin necesidad de establecer un supuesto específico para la impugnación de la adjudicación que, en ese caso, resultaría innecesario. Unicamente hubiera bastado con contemplar específicamente la reducción del plazo para la formalización del contrato.

Finalmente, la interpretación que se postula es acorde a una interpretación teleológica del artículo 58 del RDL 36/2020.

Las medidas especiales en materia de contratación que se adoptan en el capítulo III del RDL 36/2020, van encaminadas desde el punto de vita finalista y según se establece en su exposición de motivos, a conseguir la agilización del procedimiento de contratación,

dada, precisamente, la temporalidad de la norma y la vigencia limitada de la disposición de los fondos europeos. Por esa razón, la norma citada no ha reducido todos los plazos que intervienen o tienen incidencia en el procedimiento de contratación, sino aquellos que ha estimado tienen una influencia más decisiva en dicho procedimiento.

Es desde esa óptica de agilización efectiva del procedimiento, donde se justifica la interpretación que hace este Tribunal sobre lo dispuesto en el artículo 58.a).

La reducción del plazo de interposición del recurso especial solo cuando este se interponga contra el acuerdo de adjudicación, cobra especial sentido si se tienen en cuenta las consecuencias que provoca solo cuando se dirige frente a ese acuerdo y no frente al resto de actos susceptibles de recurso especial.

En efecto, la interposición del recurso frente a la adjudicación es el único acto susceptible de recurso especial que a tenor de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, determina la suspensión automática del procedimiento de licitación ex lege y ello en el momento "más sensible" por los plazos del propio procedimiento que se licita, por el fin de la vigencia del contrato precedente al cual sustituye, por su impacto en la ejecución presupuestaria del órgano de contratación… Circunstancias todas ellas que justificarían que el fin perseguido por el legislador le hubiese conducido a la reducción del plazo de interposición del recurso especial solo cuando el acto recurrido sea el de adjudicación.

No ocurre lo mismo, a modo de ejemplo, cuando se impugna a través del recurso especial, como supuesto frecuente, los pliegos de la licitación que no lleva aparejada la suspensión automática del procedimiento y que, además, dado el momento inicial de la tramitación no resulta determinante que se adopte el plazo de 15 días hábiles que establece, con carácter general, la Ley 9/2017, en lugar de los 10 días naturales que introduce el RDL 36/2020. El mismo razonamiento cabe aplicar a otro tipo de actos de trámite cualificados susceptibles de recurso especial, de acuerdo con el artículo 44.2 de la citada Ley, en los que la interposición del recurso no suspende automáticamente el procedimiento de contratación y que se producen en distintos momentos del procedimiento antes de la adjudicación del contrato, en los que tampoco resulta especialmente decisivo que se adopte un plazo u otro y menos aún que para la impugnación de este tipo de actos, la elección del plazo, más

amplio, establecido en la Ley 9/2017, pueda suponer, por sí, una merma de derechos o que esta circunstancia impida, de alguna manera, articular el recurso especial en materia de contratación con todas las garantías para el recurrente.

SEGUNDO. Criterio sobre el alcance de nuestra interpretación a las reclamaciones basadas en el Real Decreto Ley 3/2020.

En este punto del acuerdo, el Tribunal analiza si el criterio establecido en el PRIMERO, alcanza a las reclamaciones interpuestas frente a contratos susceptibles de reclamación reguladas en los artículos 119 y siguientes del RDL 3/2020.

Para llegar a la conclusión anterior hemos de partir de lo dispuesto en la Disposición adicional tercera del RDL 36/2020, que literalmente señala:

Disposición adicional tercera. Aplicación de las especialidades previstas en materia de contratos al ámbito de aplicación del Libro Primero del 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.

Las especialidades previstas en el Capítulo III del Título IV del presente real decreto-ley serán aplicables, en todo aquello que resulte compatible con su naturaleza y régimen jurídico, a los contratos incluidos en el ámbito de aplicación del Libro Primero del 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, que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

La Disposición adicional tercera establece la aplicación a las reclamaciones, las disposiciones del Capítulo III del Título IV del presente real decreto-ley, entre las cuales se encuentra la que es objeto de este Acuerdo y que se regula en el artículo 58 a) del RDL

36/2020. Ahora bien, serán aplicables, en todo aquello que resulte compatible con su naturaleza y régimen jurídico.

Pues bien, el régimen jurídico aplicable a los contratos sometidos al RDL 3/2020 conlleva la reclamación en materia de contratación contra, entre otros, el acuerdo de adjudicación (artículo 119. 2 c) del RDL 3/2020). A continuación, el artículo 121 del mismo RDL 3/2020 remite a la regulación del recurso especial, salvas las especialidades que se establecen en los artículos 119 y 120, entre las cuales no figuran ni el plazo ni las reglas para el cómputo del mismo.

En dicho contexto, hemos de concluir que lo dispuesto en el artículo 58 letra a) del RDL 36/2020, resulta de aplicación a la reclamación dirigida frente a los actos dictados en la licitación de los contratos sometidos al RDL 3/2020, cuando estos reúnan las características que establece el párrafo primero del artículo 58 (financiación con los fondos europeos derivados del PRTR y tramitación electrónica).

Resultando de aplicación dicho precepto, igualmente lo será nuestra interpretación del mismo en lo atinente a la reducción del plazo de interposición de la reclamación. Ello implica que consideramos que el plazo para interponer la reclamación será de 10 días naturales, cuando la misma se dirija contra la adjudicación y solo en ese caso».

Sexto. Entrando en las cuestiones de fondo de la reclamación, procede examinar la adecuación a Derecho de dos cláusulas del PCP que contemplan sendas obligaciones contractuales calificadas como esenciales y como condiciones especiales de ejecución:

a) La cláusula 29 del PCP, 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 PCP que considera incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, a efectos de resolución, 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. 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, y son contrarias a la eficacia no retroactiva de las prohibiciones de contratar declarada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) en su informe 45/13.

6º. Vulneran el artículo 202.1 de la LCSP en relación con el artículo 145 de dicha Ley, por falta de relación de las condiciones especiales de ejecución con el objeto del contrato.

Séptimo. Comenzaremos analizando por razones de sistemática, los requisitos que han de reunir las obligaciones para que el PCP pueda elevarlas a la categoría de obligaciones esenciales y/o de condición de especial ejecución, 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 Real Decreto-ley 3/2020 a diferencia de la LCSP se refiere en su artículo 105 de forma indistinta a las condiciones especiales, condiciones de ejecución y a las obligaciones contractuales esenciales.

Dicho artículo 105 las define en el párrafo primero de su apartado primero señalando:

«Las entidades contratantes deberán establecer alguna condición especial relativa a la ejecución del contrato siempre que estén relacionados con el objeto del contrato, en el sentido establecido en el artículo 66.6, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de licitación en el pliego de condiciones».

Por su parte, el artículo 66.6 al que remite señala:

«6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) En el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

*b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.*Dada la redacción del precepto y los motivos del recurso, hemos de empezar analizando el requisito relativo a la claridad y precisión en la redacción y el atinente a la vinculación de la condición de ejecución y de las obligaciones contractuales esenciales con el objeto del contrato.

La exigencia de que la redacción de las obligaciones contractuales esenciales sea clara y precisa se encuentra intrínsecamente vinculada con el principio de transparencia que debe presidir la actuación de la Administración Pública; también con los aplicables en materia de cumplimiento de las obligaciones propios del Derecho Privado.

En efecto, las obligaciones genéricas o imprecisas no pueden configurarse como propias de un contrato, pues ello afectaría al objeto de consentimiento, base para el mutuo acuerdo, como elemento esencial de este; menos aún pueden elevarse a categoría de obligaciones esenciales de este, cuyo incumplimiento habilite a la resolución.

En cuanto al requisito relativo a la vinculación con el objeto y la ejecución del contrato, la rúbrica del artículo 105 de la LCSP alude a *«condiciones de ejecución de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden».* Ahora bien, como condición común a todas ellas, exige el apartado 1 del citado precepto su vinculación con el objeto del contrato, en el sentido del artículo 66.6. Dicho de otro modo, no cualquier condición de ejecución de carácter ético resulta, *per se,* admisible, siendo imprescindible que esté vinculada al objeto del contrato en el sentido expresado en el artículo 66.6 de la LCSP

Por su parte, en su informe 1/2020, la JCCPE indicó lo siguiente:

«Las condiciones especiales de ejecución del contrato son obligaciones incorporadas a los pliegos o al contrato que el órgano de contratación ha considerado, por su importancia, elementos esenciales de la fase de ejecución del contrato y cuyo incumplimiento merece consecuencias jurídicas más severas. Obviamente, no inciden en la evaluación de las proposiciones de los licitadores y despliegan su eficacia en la fase de ejecución del contrato».

Y añade la JCCPE que:

«La vinculación al objeto del contrato, en el caso de las condiciones especiales de ejecución exige que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra».

Dicho criterio se aplica por la JCCPE en su dictamen 12/2021, en el que concluye también que el requisito de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (cuyo incumplimiento constituye causa de prohibición de contratar del artículo 71.1.d) de la LCSP) es un requisito de aptitud que se ha de acreditar durante la fase de selección del contratista y cuya omisión es un impedimento para contratar en lo sucesivo, siendo así que, aunque el órgano de contratación disponga de libertad para establecer condiciones de ejecución esenciales, el incumplimiento de una prohibición de contratar como es estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social *«no es una obligación que derive del contrato mismo (…), de modo que no guarda una relación directa con la ejecución del contrato en cuestión, resultando su origen plenamente extracontractual».*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 19 de septiembre de 2013, Comisión contra España (T-402/06), declaró lo siguiente, al abordar el requisito de la vinculación al objeto del contrato de los criterios de adjudicación (artículo 145.6, al que remite el 202.1 de la LCSP):

«102. Ahora bien, aunque es cierto que, en el caso de optar por la oferta más ventajosa económicamente, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo ni en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios, ni en el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras, y que, por tanto, estas disposiciones dejan a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente. Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión (véase la sentencia Lianakis y otros, citada en el apartado 65 supra, apartados 29 y 30, y la jurisprudencia allí citada).

(…)

107. Por otra parte, en su sentencia Concordia Bus Finland, citada en el apartado 76 supra (apartado 59), el Tribunal de Justicia precisó que, en la medida en que una oferta se refería necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que podían aplicarse debían estar también relacionados con el objeto del contrato. De ello se desprende que los criterios de adjudicación utilizados por las entidades adjudicadoras deber ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un producto o de un servicio, y no con la capacidad de los licitadores».

En dicho contexto, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el requisito de vinculación de la condición especial de ejecución al objeto del contrato, con consideraciones extrapolables a las condiciones de ejecución y a las obligaciones contractuales esenciales, ante la similitud entre los preceptos legales concernidos.

Así, por todas, en la resolución 489/2019, de 9 de mayo, indicamos lo siguiente*:*

«Pero en el caso de las condiciones especiales de ejecución la vinculación al objeto del contrato se cumple por el hecho de que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra. En este sentido se pronuncia la Directiva 2014/24 en sus Considerandos y la "Guía para considerar los aspectos sociales en las contrataciones Públicas" elaborada la Comisión Europea en 2010. En ella se especifica que el requisito de la vinculación al objeto del contrato se cumple en las condiciones especiales de ejecución cuando éstas se efectúan o realizan en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato, no en otra».

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en nuestras resoluciones 789/2019, 456/2019 y 368/2020.

II. Sobre si no encontrarse incurso en causa de prohibición para contratar reúne los requisitos para configurarse como una condición especial del contrato.

Recordemos la redacción de la cláusula en cuestión:

«Cláusula 39. Resolución del contrato.

Además de las generales previstas en el derecho privado, las previstas en el RDL 3/2020, en Anexo de Condiciones Generales y en el presente pliego, serán causas de resolución del contrato las siguientes:

-Los incumplimientos de las obligaciones que, en el apartado IV.3 del Cuadro de características, se hubieran calificado como condiciones especiales del contrato.

(…)

-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 así la condición especial 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, 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 105 del RDL 3/2020 conduce a considerar que solo puedan considerarse condiciones de ejecución aquellas que estén relacionadas con el objeto de contrato, cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los procesos que se detallan en las letras a) y b) del apartado sexto del artículo 66.

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

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.

El artículo 30.1 del Real Decreto-ley somete a los licitadores que concurran a los procedimientos de licitación en los sectores excluidos a las prohibiciones de contratar reguladas en la LCSP (artículo 71). También se declaran expresamente aplicables (art. 30.3 del Real Decreto-ley 3/2020) los artículos 72 y 73 de la LCSP en cuanto al procedimiento, competencia y efectos de las prohibiciones de contratar

Por tanto, en lo atinente a su aplicación, 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 otra parte, para que una prohibición de contratar de las enumeradas de forma taxativa en el 71 produzca efectos, es precisa 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, rechazan 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.

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 PCP.

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 29. Integridad y lucha contra el fraude**.*

De acuerdo con el Plan de medidas antifraude de ADIF confeccionado con la finalidad de implementar medidas de prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, 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 29, 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 art. 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 PCP 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 de los principios del libre mercado y de concurrencia competitiva, anudándose a su incumplimiento, sin necesidad de vinculación alguna con el objeto del contrato, consecuencias en la esfera jurídica del contrato como la imposición de penalidades o su resolución.

El argumento del órgano de contratación, de entender que dicha cláusula viene impuesta por el art. 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, habría sido válido, si la redacción de la cláusula hubiera sido precisa en la definición de la causa y en la vinculación de su incumplimiento como causa de resolución, lo que no se hace.

Ítem más, si hubiera sido así, *quod non*, su incorporación al PCP se encontraría avalada por el principio de la contratación recogido en el artículo 27.3 del RDL 3/2020, conforme el cual:

3. Se evitará en la contratación cualquier práctica que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación».

Por otro lado, aun prescindiendo de su falta de vinculación con el objeto del contrato, dicha cláusula, cuyo incumplimiento se configura como cusa de resolución en la cláusula 29 del PCP, 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, refiriéndose de forma abstracta al deber de cumplimiento los «*principios del libre mercado y de la 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.)».*

Las razones anteriores conducen a anular la cláusula 29 del PCP, 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. Abordando, a continuación, por razones sistemáticas el motivo de impugnación relativo al vulneración de los principios *non bis in idem* y de proporcionalidad, tal y como indica el órgano de contratación, el artículo 105 del Real Decreto-ley 30/2020 admite la compatibilidad entre las penalidades impuestas por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales y la resolución del contrato, siendo por otra parte diversos la naturaleza jurídica y fundamento para su aplicación en el caso de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, 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.

Y, tomando como referencia la LCSP, su artículo 193.4, 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 impugnación 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 PCP como obligación contractual esencial y, en consecuencia, su incumplimiento como causa para la imposición de penalidad, para la potestativa 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 29.2 del PCP.

Se advierte, en consecuencia, que la redacción incorporada al PCP es respetuosa con la regulación de la LCSP (a la que remite el Real Decreto-ley 3/2020), por lo que procede desestimar este motivo de impugnación.

Noveno. Alega la CNC que las obligaciones esenciales impuestas al adjudicatario de no realizar conductas contrarias a la competencia y de mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar, durante la fase de ejecución del contrato, no pueden configurarse como causa de resolución contractual.

Este Tribunal ha examinado esta cuestión en recursos especiales referidos a contratos sujetos a la LCSP (resoluciones 1111 y 1112 correspondientes a los recursos 842 y 963/2022).

En dichas resoluciones se indicaba que, 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 pudieran incorporar causas de resolución no expresamente previstas en la Ley (Informe de 22/16, de 10 de octubre de 2018, relativo a la *"Eficacia de las prohibiciones de contratar").*

Ello era posible, bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto-legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dado que su artículo 223.h) admitía que pudieran establecerse en el propio contrato causas de resolución distintas de las enumeradas en dicho precepto, posibilidad que ha desaparecido con la nueva LCSP.

En su Informe 12/2021, la JCCPE aborda esta cuestión en profundidad, 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, concluyendo 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».

La JCCPE es tajante al negar que, al amparo de la vigente LCSP, circunstancias legalmente configuradas como causas de prohibición de contratar puedan incluirse en el PCP como obligaciones contractuales esenciales o como causas de resolución contractual.

Procede examinar si esta conclusión resulta aplicable a contratos sujetos no a la LCSP, sino al Real Decreto-ley 3/2020, como es el caso.

Décimo. La regulación de la contratación en los denominados sectores excluidos ha gozado tradicionalmente de una mayor flexibilidad que la recogida, con carácter general, en la legislación de contratos públicos. En el informe de la JCCPE 37/2020 se afirma, a este respecto, lo siguiente:

«Como ya señalamos en nuestro informe 46/20, relativo a la aplicación de la Ley de Sectores a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, la regulación de los contratos de los denominados 'sectores especiales' o 'sectores regulados' tiene su origen en el derecho comunitario. El legislador europeo siente, especialmente desde la década de los 90, la necesidad de extender los principios básicos y algunas de las reglas de la contratación pública a este tipo de sectores en los que podía llegar a existir una limitación de la competencia y en los que operaban con derechos exclusivos no sólo entidades públicas, sino también privadas. Precisamente esta última circunstancia y el carácter cerrado que las sucesivas Directivas dictadas en esta materia han predicado de los tan citados sectores, fueron las que impusieron una significada flexibilización de la regulación con respecto al resto de los contratos que se regulan en la legislación general de contratos públicos».

Esta flexibilidad, que era muy patente en la derogada Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se ha visto un tanto atenuada con la regulación vigente, constituida por el Real Decreto-ley 3/2020 de continua referencia, debido a que ha sido preciso incorporar al Derecho español la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Esta nueva Directiva regula de forma más detallada y precisa numerosos aspectos de los procedimientos de contratación en los sectores excluidos, e incluso algunas materias relativas a la fase de ejecución de estos contratos (como pueda ser el régimen de modificación contractual o la subcontratación).

Al margen de esas concretas materias que, en transposición de la Directiva 2014/25/UE, han quedado expresamente reguladas en el Real Decreto-ley 3/2020, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de los sectores excluidos se rigen por el Derecho privado, con especial aplicación del principio de libertad de pactos.

Ello se refleja en la cláusula 39 impugnada que, lejos de remitir al artículo 211 de la LCSP, al regular las causas de resolución de contrato, remite a las generales previstas en el Derecho privado, a las previstas en el Real Decreto-ley 3/2020, en el Anexo de Condiciones generales y en el propio pliego.

El Real Decreto-ley 3/2020 sólo dedica un precepto (artículo113) a la resolución contractual, declarando que es causa de resolución la imposibilidad de modificar el contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 111 de dicho texto legal. No contiene el Real Decreto-ley 3/2020, por tanto, una enumeración de causas tasadas de resolución contractual (como sí recoge el artículo 211 de la LCSP), ni establece ningún *numerus clausus* al efecto.

Siendo esto así, hay que entender que no rige en el ámbito de los sectores excluidos la aludida doctrina de la JCCPE sobre el artículo 211.1 f) de la LCSP (informe 12/2021), pudiendo el órgano de contratación establecer en el pliego causas de resolución que estime

convenientes, siempre dentro de los límites que el ordenamiento jurídico impone a la autonomía de la voluntad (artículos 1255 del Código Civil y 34.1 de la LCSP).

Y, consecuentemente, cobra vigencia la doctrina emitida por la JCCPE bajo la vigencia del TRLCSP, que permitía –al igual que el Real Decreto-ley 3/2020-, establecer causas de resolución en el propio contrato no previstas en la Ley.

Tomando como referencia lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LCSP, la libertad de pactos tiene como límites el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena Administración.

Pues bien, en este contrato (sujeto, por razón de la materia, de la entidad contratante y del importe, al Real Decreto-ley 3/2020, y sometido, por provenir su financiación de fondos del PRTR, al Real Decreto-ley 36/2020), el establecimiento de condiciones especiales de ejecución y de obligaciones contractuales esenciales dirigidas a garantizar que el adjudicatario no incurra en conductas contrarias a la competencia y que se mantenga en la situación de no incurso en prohibición de contratar durante toda la fase de ejecución, no solo no resulta contrario a los límites del citado artículo 34, sino que encuentran su fundamento en la normativa comunitaria del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, como se examinará seguidamente.

Undécimo. El 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, supedita la entrega de los fondos del Mecanismo al establecimiento de medidas para prevenir, detectar y corregir conflictos de intereses, la corrupción y el fraude. Conforme a su artículo 22.2, los Estados miembros tiene la obligación de *«comprobar periódicamente que la financiación proporcionada se haya utilizado correctamente de conformidad con todas las normas aplicables… y, en particular en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses».*

En consonancia con ello, la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del PRTR:

-Tiene por objeto, conforme a su Preámbulo, concretar *«las directrices que garanticen el cumplimiento coordinado de los requerimientos establecidos por la normativa comunitaria para la ejecución del PRTR».*

-Establece, como principio o criterio específico de obligatoria consideración en la planificación y ejecución de los componentes del PRTR, el *«Refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses»* (artículo 2.2.d).

-Configura, *«como actuaciones obligatorias para los órganos gestores, la evaluación del riesgo de fraude, la cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI) y la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses»,* añadiendo que «*La elección de las medidas de prevención y detección se deja a juicio de la entidad que asuma la responsabilidad de gestión, atendiendo a sus características específicas y siempre teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una conveniente protección de los intereses de la Unión»* (artículo 6.4).

-Obliga a toda entidad decisora o ejecutora de medidas del PRTR, a disponer de un *"Plan de medidas antifraude"* estructurado en cuatro fases (prevención, detección, corrección y persecución) que le permita garantizar el cumplimiento de los mencionados objetivos (artículo 6.5).

-Exige a los órganos gestores la evaluación del riesgo de fraude, la cumplimentación de una Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI) y la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses. *«En particular, deberá establecerse como obligatoria la suscripción de una DACI por quienes participen en los procedimientos de ejecución del PRTR, la comunicación al superior jerárquico de la existencia de cualquier potencial conflicto de intereses y la adopción por este de las decisiones que, en cada caso, corresponda»* (artículo 6.5.i).

-Conforme al artículo 6.7 de la Orden, «*detectado un posible fraude, o su sospecha fundada»*, la entidad afectada deberá evaluar la incidencia del posible fraude y, en todo caso, retirar los proyectos afectados por el fraude y financiados por el Mecanismo.

En consonancia con lo expuesto, la Instrucción de la JCCPE de 23 de diciembre de 2021, sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dispone que en los pliegos de contratos financiados con cargo al PRTR *«se habrá de incluir necesariamente una referencia expresa a la obligatoria aplicación al contrato en cuestión del plan de medidas antifraude y anticorrupción –incluyendo el conflicto de intereses–, que habrá de haberse aprobado previamente por la entidad decisora o ejecutora»,* y recuerda que las medidas relativas a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses «*serán obligatorias a medida que se aprueben los correspondientes Planes de medidas antifraude, conforme a lo señalado en el artículo 6.5 de la Orden HFP/1030/2021».*

La aprobación del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia ha introducido, en suma, exigencias muy concretas vinculadas a la evitación del fraude, la corrupción y el conflicto de intereses en los proyectos (en este caso, contratos) financiados con cargo a dicho Mecanismo, que inevitablemente se han trasladado, en forma de especialidades, a los procedimientos de contratación que cuenten con financiación del PRTR, como lo demuestra la aprobación del Real Decreto-ley 36/2020 y su normativa de desarrollo.

Este especial régimen jurídico vinculado al PRTR condiciona la valoración del motivo en cuestión y nos lleva a señalar que, en los contratos de los sectores excluidos, sujetos al RDL 3/2020, es en principio acorde a derecho introducir causas de resolución vinculadas al incumplimiento del deber de abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Ahora bien, dadas las consideraciones anteriormente realizadas sobre el artículo 105 del RDL 3/2020 (Fundamento de Derecho Séptimo) y la aplicación supletoria del derecho privado, ello sólo será conforme a derecho si la causa se define de forma clara y precisa y se vincula a la ejecución del objeto de contrato. Requisitos estos que no reúnen las que son objeto del presente recurso, como se ha razonado a los largos del cuerpo de este y que conducen a estimar el motivo de recurso y a declarar la nulidad de las cláusulas 29 y 39 del PCP y las relacionadas con ellas, con el alcance que se deriva del Fundamento de Derecho Séptimo y el presente de esta resolución.

Duodécimo. La presente resolución no acoge la totalidad de los motivos invocados por la reclamante. Sin embargo, los acogidos conducen a la declaración de nulidad pretendida por la reclamante y con ello a la estimación de su recurso.

Decimotercero. El Tribunal no aprecia mala fe en la interposición de la presente reclamación, que además de estimarse aborda cuestiones jurídicas novedosas y complejas, por lo que no procede imponer a la entidad reclamante la multa solicitada por ADIF AV.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar la reclamación interpuesta por D. M. S. L., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra los pliegos aplicables al contrato de "*Ejecución de obras correspondientes al proyecto de construcción de mejora integral de infraestructuras de la línea de alta velocidad Madrid- Sevilla, Tramo a: Madrid-YELES"* (expediente 3.22/20810.0046) licitado por ADIF Alta Velocidad, cuya nulidad se declara con la extensión señalada en los Fundamentos de Derecho de esta resolución, en particular, Séptimo y Undécimo, acordando, en consecuencia, la retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación del PCP.

Segundo. Acordar el levantamiento de la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la presente reclamación, 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 dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.