



Recurso nº 722/2023

Resolución nº 905/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 6 de julio de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. R. V., en representación de HITACHI RAIL ESPAÑA, S.L., contra la rectificación de los pliegos del procedimiento “*Servicios de mantenimiento de las instalaciones de control de tráfico y sistemas complementarios de la Línea de Alta Velocidad Madrid-Barcelona-Figueres. Tramo: Madrid-Lleida*”, con expediente 2.22/21506.0018, convocado por el Consejo de Administración de ADIF; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Consejo de Administración de ADIF convocó la licitación pública, por procedimiento abierto ordinario, del contrato de “*Servicios de mantenimiento de las instalaciones de control de tráfico y sistemas complementarios de la línea de alta velocidad Madrid-Barcelona- Figueres. Tramo: Madrid-Lleida*”, expediente 2.22/21506.0018.

El contrato tiene un valor estimado de 65.759.443,56 euros, IVA excluido.

Fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) en fecha 12 de diciembre de 2022, en el DOUE el 14 de diciembre de 2022 y en el BOE el 15 de diciembre de 2022.

Segundo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de



noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) 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).

Tercero. Conforme con el apartado primero del cuadro de características del contrato, el objeto del mismo es *“la realización de los servicios de mantenimiento de las instalaciones de señalización, sistemas de protección de tren, sistemas básicos de supervisión de la explotación y seguridad, sistemas complementarios de vigilancia y supervisión, sistemas de energía y edificios técnicos de la línea de alta velocidad Madrid-Barcelona-Figueras. Tramo: Madrid-Puigverd de Lleida, por cuarenta y ocho meses”*.

Como consta del documento 13 del expediente administrativo remitido, se presentó a la licitación la siguiente entidad:

- HITACHI RAIL ESPAÑA, S.L.

Cuarto. El 31 de enero de 2023 se procedió a la apertura y verificación de la documentación administrativa (sobre nº 1) presentada en tiempo y forma por las empresas licitadoras del procedimiento de contratación arriba indicado, según consta en el documento nº 15 del expediente administrativo.

Posteriormente, en reunión de 28 de febrero de 2023, (documento nº19 del expediente administrativo, se reunió de nuevo la Mesa para proceder a la apertura de las proposiciones económicas del expediente de contratación, y, tratándose de un procedimiento Abierto al que ha concurrido un único licitador, si es posible, para proponer el orden de clasificación de ofertas en el mismo acto.

Teniendo en cuenta el informe de valoración técnica, de fecha 13 de febrero de 2023, elaborado por los servicios técnicos competentes por razón de la materia, y suscrito tanto por éstos como por los diferentes niveles de la competencia para ello, la mesa de contratación, en la medida en que sólo existe la oferta de un solo licitador, y que a la vista



del informe de valoración técnica y de la oferta presentada, no está incurso en presunción de temeridad y éste licitador quedará indudablemente como Primer Clasificado, decidió eximir de la elaboración del Informe Económico Global, y acordó que se procediera a la Propuesta de Clasificación en favor de la ahora recurrente, HITACHI RAIL ESPAÑA, S.L.

En consecuencia, se procedió a requerir al propuesto como adjudicatario la remisión de la documentación a que se refiere el Art. 150.2 LCSP. La propuesta como adjudicataria, y ahora recurrente, aportó toda la documentación el día 16 de marzo de 2023.

Dicha propuesta fue elevada al órgano de contratación. Como resulta del documento nº 26 del expediente administrativo, el Consejo de Administración de ADIF, en sesión de 25 de abril de 2023, acordó la adjudicación del contrato en favor de la ahora recurrente. Dicha decisión fue notificada a HITACHI RAIL ESPAÑA S.L. el 27 de abril de 2023 (documento nº 27 del expediente administrativo).

Con fecha 17 de mayo de 2023, se notificó a HITACHI RAIL ESPAÑA, S.L. una comunicación por la cual se ponían en su conocimiento la existencia de un error material encontrado en el PCAP, en la que se decía, según obra en el documento nº 29 del expediente administrativo, que:

“Con relación al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de los “Servicios de Mantenimiento de las Instalaciones de Control de Tráfico y Sistemas Complementarios de la Línea de Alta Velocidad Madrid-Barcelona-Figueras. Tramo: Madrid-Lleida (Nº EXPEDIENTE: 2.22/21506.0018), del que esa mercantil ha resultado adjudicataria, les comunicamos que se ha detectado error material en la cláusula 5.2.4 PENALIZACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA PUNTUALIDAD del apartado 5. PENALIDADES. LÍMITE A LA SUBCONTRATACIÓN, pertenecientes a IV. EFECTOS DEL CONTRATO, al haberse figurado de forma errónea una marca comercial concreta.

Así, donde dice:

Este criterio se aplicará a los trenes comerciales AVE (media o larga distancia que circulen por alguno de los tramos de las Líneas de Alta Velocidad que son ámbito de este contrato). La penalización se aplicará a los trenes comerciales con retrasos superiores a quince



minutos (15') a destino o último punto de control (cuando el destino no esté incluido en el ámbito geográfico de este contrato), motivados por equipos de Instalaciones o personal de mantenimiento objeto de este Contrato.

Se establecen las siguientes penalizaciones:

- Mensualmente, a partir del 0,5% del total de trenes comerciales circulados en el mes, se penalizarán los trenes retrasados con un 0,57% del canon mensual de mantenimiento por cada tren retrasado.*
- Anualmente, a partir del 0,16% del total de trenes comerciales circulados en el año, se penalizarán los trenes retrasados con un 0,05% del canon anual de mantenimiento por cada tren retrasado.*

Debe decir:

Este criterio se aplicará a los trenes comerciales (media o larga distancia que circulen por alguno de los tramos de las Líneas de Alta Velocidad que son ámbito de este contrato). La penalización se aplicará a los trenes comerciales con retrasos superiores a quince minutos (15') a destino o último punto de control (cuando el destino no esté incluido en el ámbito geográfico de este contrato), motivados por equipos de Instalaciones o personal de mantenimiento objeto de este Contrato.

Se establecen las siguientes penalizaciones:

- Mensualmente, a partir del 0,5% del total de trenes comerciales circulados en el mes, se penalizarán los trenes retrasados con un 0,57% del canon mensual de mantenimiento por cada tren retrasado.*
- Anualmente, a partir del 0,16% del total de trenes comerciales circulados en el año, se penalizarán los trenes retrasados con un 0,05% del canon anual de mantenimiento por cada tren retrasado.*

Lo anterior en base a que:



- *El espíritu de la redacción de la cláusula de penalización en concreto no puede ser otro que el de aplicarse en condiciones de igualdad a los retrasos que pudieran experimentar la generalidad de operadores comerciales que pudieran circular por el tramo objeto de la licitación, y no sólo a alguno de ellos en particular asociados a una marca comercial, tal como se evidencia en el resto de documentación que rige la licitación.*
- *Existen, tanto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como en otros documentos que rigen la licitación (Pliego de Prescripciones Técnicas aplicable), otros párrafos en los que se recoge la citada alusión a los trenes en los términos que le es propia, sin citarse ninguna marca comercial en particular, aludiendo sólo a los “trenes comerciales”.*
- *Otros tipos de documentación, publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público, relativa a esta licitación, tampoco recoge marca comercial alguna, aludiendo igualmente sólo a “trenes comerciales”.*
- *La mera utilización en este tipo de documentación, como es un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regido por la Ley de Contratos del Sector Público, de alguna marca comercial resulta del todo impropia, por lo que su existencia puntual, como es el caso, sólo puede ser debido a un error material.*

Una vez transcurra el plazo legal establecido se les remitirá el documento de formalización del contrato para su firma”.

Quinto. En fecha 24 de mayo de 2023, la recurrente formula su recurso contra la rectificación del error material del PCAP que se le realizó según el documento nº 29 del expediente administrativo.

En particular, discute que la subsanación que se efectúa en el PCAP por la citada comunicación tenga encaje en la figura de la rectificación de errores materiales, según doctrina que transcribe, puesto que, a su juicio, se desbordan los límites de aquélla y se practica una modificación sustancial del pliego y, correlativamente, de las obligaciones a asumir por la adjudicataria.



Así, sostiene que *“ADIF no está rectificando por tanto un mero error material. Está modificando el ámbito de aplicación de una cláusula de penalidades contractuales para abarcar otros supuestos que, por error o no, no contempló en un principio. Y, con ello, está afectando a las obligaciones del adjudicatario lo que, conforme al propio artículo 136 de la LCSP, califica automáticamente como modificación sustancial”*.

Y añade que *“a la hora de conformar la oferta, HITACHI tuvo en consideración la asunción de riesgos en términos económicos derivada de la potencial imposición de penalidades con base en dicha cláusula, realizando las estimaciones oportunas en cuanto a retrasos de los tres comerciales AVE, que repetimos es una marca específica del operador RENFE, para determinar los presupuestos financieros sobre los cuales debía configurar su oferta económica. La ampliación, en esta fase de la licitación, de las obligaciones del adjudicatario en cuanto a régimen de penalidades y con ello del abanico de riesgos a asumir conforme a la referida cláusula –pues el tráfico de otros trenes NO AVE (tal como lo son los de la competencia IRYO y OUIGO) en la línea se estima que alcanza actualmente alrededor del 40% del total, y con proyección de aumento–, supone una modificación de facto de las condiciones del Contrato sobre las que esta parte formuló su oferta”*.

Por lo que debería, a su juicio, acordarse la retroacción de actuaciones hasta el momento del anuncio de licitación, con el fin de que se produzca una nueva publicación de los pliegos y se reinicie el procedimiento de contratación.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 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, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante) se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe.

El órgano de contratación considera que procede inadmitir el recurso por dirigirse el mismo frente a un acto de trámite, que no ha sido adoptado durante el procedimiento de adjudicación, sino al terminar éste, de manera que no sería aplicable la previsión del Art. 44.2.b) LCSP.



Con cita de resoluciones de este Tribunal, el órgano de contratación defiende que estaríamos ante una actuación adoptada después de la adjudicación del contrato, lo que excluye la competencia del Tribunal.

Añade que *“habiéndose notificado la resolución de adjudicación el 27 de abril de 2023 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, aún era posible recurrirla desde el día 17 de mayo de 2023 (notificación de la comunicación ahora impugnada) hasta el día 23 de mayo (fecha en que vencían los quince días hábiles para recurrir frente a la resolución de adjudicación). Esta conducta de la recurrente, consintiendo la adjudicación siendo plenamente conocedora de las modificaciones que, a su juicio, se han introducido en los documentos contractuales, teniendo posibilidad de impugnación, hacen que no pueda justificar una pretendida indefensión, o que no tuviera otra vía que intentar el recurso directo contra la citada comunicación de 17 de mayo”*.

Y también que *“resulta posible no formalizar el contrato si se entiende que la comunicación del error material le ocasiona una situación de indefensión o de perjuicio irreparable, toda vez que podría darse, incluso, una causa de no formalización imputable a la Administración, por virtud de lo previsto en el artículo 153.5 LCSP. Quedando, en todo caso, extramuros de la competencia del TACRC”*.

Por ello, interesa la inadmisión del recurso.

Subsidiariamente, sostiene que sí que se ha rectificado un error material, lo que se pone de manifiesto si se tiene en cuenta que *“en todo el expediente de licitación son constantes las referencias a los “trenes comerciales”, existiendo una única mención al “AVE”, lo que hace obvia la observancia de que el término constituye un mero error material”*. Además, justifica que no es cierto que se produzca modificación sustancial alguna.

Por ello, solicita que el recurso sea, en su caso, desestimado.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución, de 31 de mayo de 2023, acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, 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 del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. En cuanto a la legitimación, debemos partir de su regulación en el artículo 48 LCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

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

En el presente caso, la parte recurrente ha participado en el procedimiento de licitación, habiendo resultado adjudicataria, por lo que dispone de legitimación, por haber concurrido en solitario, conforme al artículo 48 LCSP.



Tercero. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que ha sido interpuesto en plazo.

Cuarto. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es de 65.759.443,56 euros, IVA excluido, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) LCSP.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, éste es la rectificación de los pliegos del procedimiento, de 17 de mayo de 2023, (documento nº 29 del expediente administrativo).

Dicha comunicación no es susceptible de impugnación por medio de recurso especial conforme al artículo 44.2.b) LCSP, precepto que dispone que:

“2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

(...)

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.



En el caso que nos ocupa, la rectificación de 17 de mayo de 2023 por la que se procede a rectificar un error material del PCAP sí que podría considerarse como acto de trámite según el primer inciso del Art. 44.2.b) LCSP.

Sin embargo, no cumple con la siguiente condición indispensable, la de ser un acto de trámite del procedimiento de adjudicación, simplemente porque la misma se adopta cuando el acuerdo de adjudicación ya había sido dictado y notificado a la recurrente.

Por esta razón, el acto de trámite aquí recurrido no puede subsumirse en ninguno de los supuestos de hecho previstos en el Art. 44 LCSP lo que acarrea, como lógica consecuencia, la inadmisión del presente recurso.

En este sentido, podemos citar la Resolución 1428/2019 de 11 de diciembre, dictada por este Tribunal en el recurso 1332/2019. Allí dijimos que:

“Examinado el expediente, este Tribunal observa que las actuaciones impugnables no proceden del trámite de requerimiento de la documentación que el órgano de contratación exige a la propuesta como adjudicataria al amparo del artículo 150 de la LCSP, sino que lo ahora cuestionado afecta a la fase de formalización de la relación contractual (artículo 153 de la LCSP).

Los contratos se perfeccionan mediante la formalización de los mismos pues así lo refiere el artículo 36, si bien la competencia objetiva de este Tribunal se ha de ceñir a las reglas dadas en el artículo 44 de la LCSP y en especial, en las actuaciones susceptibles de recurso, la competencia del Tribunal se extiende a las actuaciones de trámite cualificadas del procedimiento de adjudicación, finalizando mediante la resolución de adjudicación contractual (artículo 44.2 letras b) y c) de la LCSP)”.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. R. V., en representación de HITACHI RAIL ESPAÑA, S.L., contra la rectificación de los pliegos del procedimiento “*Servicios de mantenimiento de las instalaciones de control de tráfico y sistemas complementarios de la Línea de Alta Velocidad Madrid-Barcelona-Figueras. Tramo: Madrid-Lleida*”, con expediente 2.22/21506.0018, convocado por el Consejo de Administración de ADIF.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES