



Recurso nº 333/2016

Resolución nº 391/2016

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

En Madrid, a 20 de mayo de 2016

VISTA la reclamación formulada por D. A. R. A. y D. J. A. N., en nombre y representación de BOMBARDIER EUROPEAN HOLDINGS S.L.U. (en adelante, BOMBARDIER), contra los pliegos y resto de la documentación contractual que ha de regir el "*procedimiento restringido para la adjudicación del suministro y mantenimiento integral de Trenes de Alta Velocidad*", aprobados por RENFE VIAJEROS, S.A. (en adelante, RENFE); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 28 de noviembre de 2015 se publicó en el DOUE anuncio para la licitación del "*procedimiento restringido para la adjudicación del suministro y mantenimiento integral de Trenes de Alta Velocidad*". El 30 de noviembre de 2015 se publicó igualmente en el BOE.

Segundo. El procedimiento de contratación se rigió por lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE), a través de los trámites del procedimiento restringido regulado en la misma.

Tercero. La ahora recurrente solicitó participar en el citado procedimiento de licitación, siendo aceptada su solicitud e invitada a participar en el procedimiento en virtud de acuerdo notificado el 25 de enero de 2016. Junto con la invitación a participar se remiten los pliegos y demás documentación complementaria.

Cuarto. En virtud de lo dispuesto en la cláusula cuarta del pliego de cláusulas particulares (en adelante PCP), el 11 de marzo de 2016 se da contestación a la primera ronda de consultas efectuadas por los licitadores y el 12 de abril de 2016 se da contestación a la segunda ronda. El resultado final de ambas rondas se recoge en un documento que es puesto a disposición de los licitadores el mismo día 12 de abril de 2016.

Quinto. El 29 de abril de 2016 BOMBARDIER formula la presente reclamación frente a los pliegos y demás documentación contractual que ha de regir la licitación. Recibido el expediente en el Tribunal, el 10 de mayo de 2016 se da traslado del mismo a las distintas licitadoras para que efectúen alegaciones. El 17 de mayo de 2016 presentan alegaciones las licitadoras ALSTOM TRANSPORT, S.A. (en adelante ALSTOM S.A.), ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U (en adelante ALSTOM S.A.U.), HITACHI RAIL ITALY, SPA (en adelante HITACHI) y SIEMENS, S.A. (en adelante SIEMENS).

Sexto. Habiéndose solicitado como medida provisional la suspensión del procedimiento, y dada la premura con la que el presente expediente se ha tramitado, no se ha dictado resolución expresa en relación con la misma, dándose respuesta a dicha solicitud en el último fundamento de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Competencia del Tribunal.

La reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con el artículo 101.1 de la LCSE.

Segundo. Adecuación del procedimiento y legitimación.

La reclamación está interpuesta por persona legitimada para ello, toda vez que el acto recurrido consiste en los pliegos de una licitación que se sigue por procedimiento restringido, a la cual ha sido expresamente invitada la recurrente, lo que determina su evidente interés a este respecto, todo ello de conformidad con lo señalado en el artículo 102 de la LCSE.

Tercero. Plazo de interposición de la reclamación.

La primera cuestión que debe resolverse es la relativa a la admisibilidad de la presente reclamación, al haber señalado la entidad contratante en su informe inicial la posible extemporaneidad del mismo.

A este respecto debe recordarse que en la cláusula cuarta de los pliegos se preveía la posibilidad de efectuar distintas rondas de consultas por parte de los licitadores en relación con las dudas que pudieran suscitar los pliegos, consultas a las que se daría respuesta en una carta-documento, que tendría carácter contractual. En particular el primer párrafo de la cláusula cuarta del PCP establece:

“El LICITADOR, antes de la presentación de ofertas, podrá solicitar aclaración sobre las dudas que pudieran surgir en la interpretación de las condiciones exigidas en el presente PCP. Renfe divulgará al resto de los LICITADORES aquellas cuestiones suscitadas que, sin desvelar asuntos de carácter reservado, relativos a los consultantes, proporcionen el mismo nivel de información, todo ello, dentro de la más absoluta transparencia del proceso”

A la vista de lo anterior, resulta necesario que se tengan en cuenta las siguientes fechas:

1. El 25 de enero de 2016 se notifica a la recurrente la invitación a participar y se le hace entrega de un ejemplar del *“Pliego de condiciones particulares del procedimiento restringido para la adjudicación del suministro y mantenimiento integral de Trenes de alta Velocidad (igual o superior a 320 km/h)”*, así como de los anexos y restante documentación complementaria reguladora del procedimiento de licitación. Así se reconoce expresamente por el recurrente en el apartado 8 (página 4) de su reclamación.
2. El 11 de marzo de 2016 RENFE contesta mediante una carta-documento la primera ronda de aclaraciones solicitadas por los licitadores, todo ello de conformidad con la cláusula cuarta del PCAP.

3. El 12 de abril de 2016 RENFE contesta la segunda ronda de aclaraciones solicitadas, poniendo a disposición de todos los licitadores un cuadro-resumen con todas las dudas planteadas y la contestación dada a las mismas.

Expuestos así los hitos cronológicos, RENFE en su informe propugna que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de formulación de la reclamación de quince días establecido en el artículo 104.2 de la LCSE ha de situarse en el 25 de enero de 2016, pues esa es la fecha en que se puso a disposición de los licitadores el pliego y las posteriores aclaraciones no son sino eso, aclaraciones, que no modifican en absoluto las condiciones ya contenidas en el pliego puesto a disposición de éstos inicialmente, momento a partir del cual estaban por tanto ya en situación de poder efectuar la impugnación de los pliegos. Siendo esto así y dado que las alegaciones formuladas por el recurrente no se refieren en absoluto a las aclaraciones efectuadas, sino que se refieren a aspectos que se contenían ya en los pliegos iniciales y respecto de los cuales no se planteó aclaración alguna, resulta evidente que el plazo de interposición de la reclamación debe comenzar a computarse el 25 de enero de 2016, lo que determina la extemporaneidad de la reclamación.

Por el contrario, la recurrente considera que su reclamación fue formulada en plazo, dado que, de conformidad con la cláusula cuarta del PCP, la respuesta a las aclaraciones forman parte de un “conjunto documental” y como tal forman un todo junto con los pliegos, glosario y anexos, y por tanto su impugnación ha de hacerse de forma conjunta, de tal manera que el plazo de formulación de la reclamación no puede comenzar a computarse sino cuando el “conjunto documental” ha sido puesto a disposición de los licitadores, lo que no ocurre hasta el 12 de abril de 2016. De otro modo, se estaría propugnando el establecimiento de plazos de formulación de la reclamación diferentes en función de las alegaciones a formular, lo que sería absurdo.

Planteado en estos términos el debate, debe acudir en primer término a lo dispuesto en el artículo 19.2 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, trasunto del artículo 104.2 de la LCSE y que establece:

“2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido.

En caso contrario, el cómputo comenzará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los interesados para su conocimiento. En este último caso, cuando dichos documentos hayan sido puestos a disposición de los interesados solamente por medios electrónicos, el plazo para recurrir comenzará a computarse a partir de la fecha en que concluya el de presentación de las proposiciones, salvo que hubiese constancia de que fueron conocidos con anterioridad a dicha fecha. Cuando no se hubieran puesto a disposición de los interesados por medios electrónicos el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a aquel en se hayan entregado al recurrente.”

Visto lo anterior, cabría concluir a priori en la extemporaneidad de la reclamación, ya que es evidente, pues así lo ha reconocido el propio reclamante, que el pliego fue recibido el 25 de enero de 2016 y también ha de reconocerse que lo que es objeto de impugnación no es la carta-respuesta a las aclaraciones formuladas, sino el pliego. Ahora bien, para que esta conclusión fuera correcta, sería necesario entender que los pliegos y sus aclaraciones constituían actos separables y por tanto de impugnación independiente, tal y como parece propugnar la entidad contratante, así como alguno de los licitadores que han presentado alegaciones.

Pues bien, dada la literalidad de la cláusula cuarta del PCP, difícilmente puede llegarse a tal consideración. De conformidad con dicha cláusula, *“la información complementaria que pudiera generarse por medio de las aclaraciones que facilite Renfe, constituye, todo ello, el conjunto documental que rige la licitación objeto de este PCP, sin perjuicio de los preceptos legales que puedan resultar de aplicación”*. Es claro por tanto que esa información adicional o complementaria forma parte indisoluble de los pliegos que rigen la

contratación: no constituyen documentos independientes, sino que constituyen un todo, el cual por tanto ha de ser objeto de impugnación en su conjunto.

Y es en este punto donde la situación de hecho planteada en este caso difiere de los casos que fueron estudiados en las resoluciones de este Tribunal a los que se refiere ALSTOM S.A. en sus alegaciones. Efectivamente, en todos ellos las consultas al órgano de contratación fueron realizadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP, pero sin que en el propio pliego se hiciera constar que la respuesta a las mismas configuraba un conjunto documental a efectos de la licitación, circunstancia que sí se da en este caso.

Como se ha dicho por constante doctrina administrativa y jurisprudencial, el pliego constituye la ley del contrato y en su configuración la entidad contratante tiene un gran margen de discrecionalidad, si bien sujeto a los límites que después veremos. Y ese margen de discrecionalidad también le permite al órgano de contratación configurar la forma en que las distintas fases del procedimiento de licitación se relacionan entre sí, respetando en todo caso el orden y plazos mínimos establecidos en cada caso en la Ley. En este caso, es la entidad contratante la que, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad ha decidido configurar en el propio PCP a esta fase preliminar de consultas como una parte integrante de los propios pliegos y como tal ha de darse la razón al recurrente al considerar que el plazo para la impugnación no puede entonces empezar a correr sino cuando el conjunto de la documentación que ha de regir la licitación esté en su totalidad disponible para los licitadores.

Siendo esto así, cabe concluir que la fecha en que la documentación contractual estuvo a disposición de los licitadores en condiciones suficientes como para permitirles efectuar una impugnación fundada y razonable de la misma se produce el 12 de abril, momento en que se da respuesta a la última de las rondas de alegaciones efectuadas en virtud de la citada cláusula cuarta, lo que determina la admisibilidad de la presente reclamación.

Cuarto. Naturaleza y objeto del presente contrato.

Antes de comenzar el análisis de las distintas alegaciones planteadas por las partes, se hace necesario efectuar alguna precisión sobre la naturaleza y el objeto del presente

contrato que permita dar luz a las cuestiones planteadas y que se desarrollarán a continuación.

En primer lugar, en cuanto a la normativa por la que se rige, cabe señalar que se trata de un contrato licitado por una entidad contratante que no tiene el carácter de Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.2 del TRLCSP y la disposición adicional segunda de la LCSE. Tratándose además de una actividad que se enmarca dentro de las contempladas en el artículo 10.1 de la LCSE, cabe concluir que se trata de un contrato que se rige por la citada norma, tal y como se ha señalado en los antecedentes de hecho de la presente resolución.

En cuanto al objeto del contrato, se trata de un contrato mixto que incluye dos prestaciones distintas:

- a) Por un lado, un contrato de suministro consistente en la entrega actual de un determinado número de trenes y la opción de adquirir otros en el futuro.
- b) Por otro lado, la adjudicación de un contrato de servicios que se efectuará a favor de una sociedad mixta, participada por la entidad contratante y el propio adjudicatario y cuyo objeto es el mantenimiento de los trenes a suministrar.

En cuanto a esta segunda parte, conviene recordar que se trata de una posibilidad prevista en la disposición adicional 29 del TRLCSP: *“1. Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.”* Si bien esta disposición adicional no resulta de directa aplicación a este supuesto, que se rige por la LCSE, en la medida en que se cumplan los requisitos en ella establecidos, habrá de considerarse que estamos ante una forma de contratación conforme a Derecho.

Finalmente, cabe señalar, en cuanto a la forma de determinación del precio, que se trata de un contrato cuyo precio ha sido fijado por el método del precio unitario, tal y como se deduce de lo dispuesto en la cláusula 1.3 y 17.1 del PCP, puesto que no se garantiza al adjudicatario el pago de una concreta cantidad, sino que la misma dependerá del número de trenes suministrados y de las actividades desarrolladas para el mantenimiento posterior de los trenes, en función de las necesidades de la entidad contratante, circunstancia ésta igualmente prevista en la normativa reguladora de la contratación del sector público y que, como tal, no constituye irregularidad alguna, pese a que por la propia configuración del precio pueda introducir un elemento de imprevisibilidad para el licitador en relación con el coste total que pudiera derivarse de la ejecución del contrato, cuestión ésta que analizaremos con más profundidad más adelante.

Quinto. Alegaciones del recurrente.

La recurrente considera que el pliego ha incurrido en diversos vicios que han de acarrear su nulidad. Para lograr una mayor sistematicidad y respetando en la medida de lo posible el orden de las alegaciones contenidas en el escrito de reclamación, se agruparán de la siguiente manera:

1) En relación con los criterios de valoración.

Se imputa la existencia de cláusulas que incluyen criterios de “arraigo territorial” y en particular dos:

1.a) Criterio 4.1 Fabricación en España: definido en el PCP como “*Porcentaje de fabricación en España entendida como horas de trabajo en España, sobre el total del Proyecto*”, máximo 1 punto. Entiende la recurrente que esta cláusula supone una discriminación proscrita por la normativa de contratación pública y el ordenamiento europeo, en cuanto prima exclusivamente la carga de trabajo realizada en España, lo que supone una discriminación injustificada (párrafos 84 a 91 del escrito de reclamación)

1.b) Criterio 2.1 Disposición de rodadura desplazable: definido en el PCP como “*Disposición de rodadura desplazable para poder circular por vías ancho UIC y convencional, cumpliendo con las condiciones técnicas, comerciales y de mantenimiento*”

incluidas en el pliego”, máximo 2 puntos. Entiende la recurrente que este requisito prima de forma injustificada el uso de una tecnología que solo está en disposición de ofrecer quienes con carácter previo hayan realizado suministros de trenes en España, especialmente teniendo en cuenta que es una tecnología que solo resultará útil para la entidad contratante en caso de ejercitarse la opción de compra que establece el pliego en relación con el objeto contingente del contrato (párrafos 92 a 106).

2) En relación con el establecimiento de requisitos técnicos que otorgan ventaja a determinados licitadores.

En este punto se agrupan dos distintos motivos de impugnación:

2.a) Establecimiento de un sistema de pago que supone una alta exigencia de apalancamiento financiero, lo que hace primar a los licitadores que concurren con “socios financieros”. Considera el recurrente que la forma de pago del suministro y posterior servicio exige un fuerte endeudamiento por parte de los licitadores de suerte que solo aquellos que cuenten con un socio de carácter financiero que pueda garantizar la financiación de los costes del suministro puedan presentarse a la licitación, lo que supone una ventaja competitiva frente al resto (párrafos 128 a 139).

2.b) Establecimiento de requisitos técnicos relativos a tecnología desarrollada por otros licitadores y que por tanto ostentan un monopolio sobre la misma, lo que les coloca en situación de ventaja respecto al resto. En particular se refiere a la exigencia de que los trenes a suministrar estén equipados con los sistemas de señalización KVB y ASFA DIGITAL, sistemas respecto de los cuales tienen un monopolio de hecho las entidades ALSTOM y SIEMENS, las cuales han sido también invitadas a la licitación. Por ello considera que RENFE debería garantizar la adquisición de tales sistemas, en lugar de trasladar tal exigencia los licitadores, para evitar situaciones anticompetitivas por parte de estos (párrafos 140 a 152).

3) En relación con la falta de precisión del pliego.

3.a) La exigencia de un determinado nivel de fiabilidad de los trenes solo puede establecerse definiendo los tipos de recorrido que van a efectuar los trenes, pues las

condiciones de tal recorrido tienen una enorme incidencia en tales niveles de fiabilidad. El recurrente considera que al no haberse dado ninguna información sobre el “*mission profile*” de los trenes a suministrar, no resulta posible hacer un cálculo del coste del cumplimiento de este requisito técnico (párrafos 169 a 186).

3.b) En relación con las causas de resolución del contrato, además del desequilibrio económico que supone por ser excesivamente onerosas, según lo que después se verá, el recurrente considera que son excesivamente oscuras e imprecisas y no permiten conocer con exactitud las condiciones en que la resolución se producirá (párrafo 202 a 205).

4) En relación con el equilibrio económico del contrato.

Según el recurrente, el pliego adolece de un excesivo desequilibrio en las prestaciones exigidas a los licitadores que determina una excesiva restricción de la competencia. Este desequilibrio se refleja en las siguientes exigencias:

4.a) Cesión de derechos de propiedad industrial y derechos de uso de tecnología, exigencia que supone una modificación del objeto del contrato (párrafos 153 a 160).

4.b) Fijación de un límite máximo de únicamente el 1,5% de la tasa de revisión de precios de mantenimiento anual para un periodo de 30 años (párrafos 161 a 168).

4.c) Establecimiento de un límite máximo excesivamente alto para la imposición de penalidades de hasta un 20 % del importe total del contrato (párrafos 187 a 193)

4.d) Se establecen causas de resolución del contrato excesivamente onerosas y en ocasiones ajenas a la responsabilidad del licitador. Además, los efectos derivados de la resolución son también excesivos, al imponer incluso la restitución de los trenes suministrados (párrafos 194 a 205).

4.e) Desequilibrio en las condiciones de prestación del servicio de mantenimiento, al imponer al licitador la obligación de costear cualquier desviación de más del 5% del EBIDTA de la sociedad mixta que se ha de constituir para la prestación de dicho servicio

respecto del plan de negocio presentado por el propio licitador con su oferta (párrafos 206 a 218).

Sexto. Contestación de la entidad contratante y alegaciones del resto de licitadores.

En su informe complementario, la entidad contratante da respuesta a las distintas alegaciones formuladas por el licitador en el siguiente sentido. Para evitar innecesarias repeticiones, únicamente se hará alusión a las alegaciones del resto de licitadores en aquellos casos en que introduzcan elementos que complementen lo argumentado por la entidad contratante, pero no aquéllas que se limiten a profundizar en las cuestiones ya planteadas por éste en su informe.

1) En relación con los criterios de valoración.

1.a) “Fabricación en España”. En este punto la entidad contratante considera que estamos ante una cláusula de tipo social, tal y como expresamente se detalla en el apartado 3.2 B.5 del PCP, cláusulas que son admisibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 del TRLCSP y la doctrina jurisprudencial europea, puesta de manifiesto en sentencias como la dictada en el asunto C-368/2010 de 10 de mayo de 2012 (considerando 91). Además considera que no es una cláusula discriminatoria, teniendo en cuenta que RENFE pone a disposición de los licitadores sus propias instalaciones y además que se trata de un criterio proporcional, pues únicamente representa el 1% del total de ponderación de los criterios de adjudicación, bastando con ofertar un 50% de horas de fabricación en España para lograr el total de la puntuación.

Alude además el licitador ALSTOM S.A. al artículo 31.1 de la LCSE y diversos considerandos de la Directiva 2004/17/CE y de la Directiva 2014/25/UE que la deroga y que considera aplicables a este supuesto.

1.b) “Disposición de rodadura desplazable”. En este punto la entidad contratante considera que se trata de un criterio que no constituye una ventaja competitiva de carácter discriminatorio, sino una consecuencia de las características específicas de la red ferroviaria española que, al tener distintos anchos de vía, hace que sea más atractivo

técnicamente el suministro de trenes que tengan rodadura desplazable y puedan por tanto circular por las distintas vías.

2) En relación con el establecimiento de requisitos técnicos que otorgan ventaja a determinados licitadores.

2.a) Establecimiento de un sistema de pago que supone una alta exigencia de apalancamiento financiero. La entidad contratante contesta a este respecto que se trata de una exigencia que no otorga ventaja competitiva alguna, especialmente teniendo en cuenta que nada impide a los licitadores participar en UTE con cualesquiera otros socios.

2.b) Establecimiento de requisitos técnicos relativos a tecnología desarrollada por otros licitadores y que por tanto ostenta un monopolio sobre la misma. La entidad contratante considera en primer lugar que la existencia de tal monopolio no ha sido en absoluto acreditada y, en todo caso, se trata de una situación ajena a RENFE, sino que sería en todo caso consecuencia de la existencia de derechos de propiedad industrial de terceros, que son libres de ejercerlos legítimamente. En todo caso, es evidente que los trenes que se suministren han de entregarse en condiciones de poder circular, lo que exige que los mismos cuenten con los estándares técnicos exigidos por las autoridades españolas y francesas que exige que cuenten con los sistemas de señalización exigidos en el pliego, requisito éste que no resulta por tanto discriminatorio.

Añade el licitador ALSTOM, S.A. que algunos de los sistemas cuya incorporación se exige son titularidad de BOMBARDIER, es decir, la recurrente, sin que en tales casos se haga apreciación alguna por éste, lo que revela que se trata de un argumento claramente sesgado

3) En relación con la falta de precisión del pliego.

3.a) Falta de precisión del *mission profile* de los trenes a suministrar. En este punto la entidad contratante recuerda que BOMBARDIER es un licitador perfectamente conocedor de la red ferroviaria española y en todo caso, es evidente que los trenes a suministrar harán los recorridos de las líneas cuya infraestructura cumplan las

Especificaciones Técnicas de Interoperabilidad Europeas, las cuales están accesibles para cualquier operador.

3.b) En cuanto a la falta de definición de las causas de resolución, considera que las mismas son claras, en cuanto se han establecido por referencia a las contenidas en el TRLCSP para los contratos administrativos.

4) En relación con el equilibrio económico del contrato.

La entidad contratante realiza en este punto una primera precisión que es aplicable a todas las alegaciones que se engloban en este punto y es la de que este pliego constituye una nueva licitación que, como tal, responde a características y necesidades nuevas, por lo que las prestaciones y exigencias contenidas en el mismo para los licitadores no tienen por qué ser iguales a las que han regido en otras licitaciones de RENFE.

Señala además que en todo caso se trata de previsiones que se enmarcan en el principio de autonomía de la voluntad, no constituyen ventaja competitiva alguna para uno o varios licitadores determinados, sino que se aplican por igual a todos ellos.

4.a) En cuanto a la cesión de derechos de propiedad intelectual o industrial, lo que se pretende es precisamente garantizar el equilibrio prestaciones, permitiendo que RENFE, una vez adquiridos los trenes, pueda en el futuro efectuar su mantenimiento sin estar sujeto a derechos de exclusiva por parte del suministrador. Se trata por lo demás de una cláusula habitual que incluso está expresamente prevista en el artículo 301 TRLCSP para el caso de los contratos administrativos.

4.b) Fijación de un límite máximo del 1,5% de la tasa de revisión de precios. La entidad contratante contesta, por un lado, invocando la Ley 2/2015, de desindexación de la economía y señalando que en todo caso los riesgos serán compartidos, dado que el servicio de mantenimiento se prestará por una sociedad de economía mixta en la que RENFE también habrá de participar.

En este punto el licitador SIEMENS, apoyando las pretensiones del recurrente, opone que la citada Ley 2/2015 no resulta aplicable a los contratos que se rigen por la LCSE, dado que la misma queda fuera de su ámbito de aplicación. Además considera que el equilibrio económico del contrato es una exigencia contenida en el artículo 19 de la LCSE y el 245 del TRLCSP.

4.c) Establecimiento de un límite máximo excesivamente alto para la imposición de penalidades, de hasta un 20% del importe total del contrato. En este punto la entidad contratante considera que el límite es proporcionado dado el plazo establecido del contrato y la complejidad de la contratación.

4.d) Excesiva onerosidad de las causas y efectos de la resolución del contrato. Considera que las mismas son proporcionales, partiendo de la base de que la resolución del contrato lógicamente solo puede producirse cuando la causa es imputable al licitador, principio éste que no es necesario recoger en el pliego, pues se deduce de la propia aplicación del ordenamiento jurídico. En cuanto a los efectos, igualmente, la obligación de restitución del objeto del contrato es un efecto habitual de la resolución de cualquier contrato, por lo que no puede considerarse excesivo.

4.e) Obligación de costear cualquier desviación de más del 5% del EBIDTA de la sociedad mixta respecto del plan de negocio presentado por el licitador en su oferta. En este punto la entidad contratante considera que no existe tal desequilibrio, teniendo en cuenta que es el licitador el que libremente puede formular dicho plan de negocio, lo que supone una mínima exigencia de responsabilidad sobre el plan presentado. En este sentido recuerda que esa obligación solo procede en caso de que el exceso de coste sea consecuencia de problemas de diseño o construcción del tren o por desviaciones respecto a las condiciones del mantenimiento ofertado según la definición del plan de mantenimiento u otras prestaciones contempladas en la oferta, tal y como expresamente se señala en el apartado 1.2.3.2 del PCP (página 15).

Séptimo. Alegaciones relativas al arraigo territorial. Doctrina del TACRC y aplicación al caso.

Precisados los anteriores aspectos relativos a esta compleja licitación, pasamos ahora a analizar las distintas alegaciones. Para ello, ha de partirse de la constante doctrina de este Tribunal al respecto, para después aplicarla a los concretos argumentos vertidos por las partes.

A. Doctrina del TACRC

El primer grupo de alegaciones, tal y como antes se han sistematizado, se refiere a la invocada introducción de criterios de arraigo territorial, criterios que, según la entidad contratante, estarían en algunos casos amparados por tratarse de cláusulas de tipo social. La doctrina de este Tribunal en relación con ambas cuestiones puede resumirse del siguiente modo:

a) La inclusión de cláusulas que introduzcan el arraigo territorial no son admisibles de conformidad con la normativa de contratación pública, por tratarse de cláusulas que introducen una discriminación positiva para las empresas o licitadores implantados en el territorio correspondiente, con independencia de si dichas cláusulas hacen referencia a condiciones de solvencia o aptitud de los licitadores, criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución (Resoluciones nº 76/2016 o 644/2015).

b) Ahora bien, sí serán admisibles aquéllas cláusulas que, aunque impliquen una determinada relación con un territorio, sean necesarias por la existencia de un interés general objetivo que justifique su imposición, es decir, cuando se trata de cláusulas que estén relacionadas con el contrato que se pretende celebrar y las necesidades que mediante éste la Administración quiere satisfacer (resolución nº 644/2015).

c) En relación con las llamadas “cláusulas de tipo social”, la doctrina de este Tribunal ha señalado su admisibilidad siempre que se cumplan las exigencias establecidas en la jurisprudencia europea, en esencia: i) que de las mismas no se derive una discriminación, directa o indirecta, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros o terceros países; ii) no afecten a la competencia, entendiéndose que no afectan

a la competencia aquéllas que se limiten a exigir a los licitadores el cumplimiento de normas de general observancia en el territorio y iii) respeten la autonomía de la voluntad de las partes (resolución nº 160/2016).

d) En el caso de la introducción de cláusulas dirigidas a luchas contra el desempleo son en todo caso inadmisibles cuando las mismas se limitan a la lucha contra el desempleo existente en un determinado lugar geográfico (resolución nº 103/2015)

B. Criterio de adjudicación 4.1 “Fabricación en España”

En relación con este criterio, ha de darse la razón al recurrente y declarar su nulidad en los términos en que ha sido redactado. Efectivamente, el criterio se limita a otorgar un mayor número de puntos a aquellos licitadores que garanticen un mayor número de horas de trabajo en España, calculadas como porcentaje del total de horas de trabajo que se vayan a destinar a la ejecución del contrato. Tal cláusula no puede ser admisible, de conformidad con lo antes señalado, puesto que supone i) una evidente restricción a la competencia, ii) introduce además elementos discriminatorios en el mercado laboral europeo y iii) no supone la imposición de obligaciones de general observancia para los operadores económicos.

Pero es que además, ni siquiera cabe concluir que nos encontramos ante una auténtica cláusula de tipo social, tal y como la misma ha sido entendida por la doctrina jurisprudencial europea y española, pues el criterio de adjudicación se refiere únicamente al lugar donde se va a realizar el trabajo, sin establecer ningún tipo de discriminación positiva en favor de colectivos desfavorecidos. Tampoco se ha acreditado de qué manera la fabricación en España puede generar beneficios a tales colectivos desfavorecidos, más allá de la genérica invocación de que mejorará el mercado de trabajo en nuestro país.

Procede por ello recordar la literalidad de lo dispuesto en el artículo 61.1 segundo párrafo de la LCSE al que se ha referido el licitador ALSTOM S.A. en sus alegaciones (aunque por error hace referencia al artículo 31, que nada tiene que ver con esta cuestión):

“Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del

contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.”

Para la debida comprensión de este precepto, así como de los otros de la misma LCSE o del TRLCSP que contienen similares previsiones tendentes a garantizar que los criterios de tipo social son también tenidos en cuenta en el ámbito de la contratación pública, es necesario acudir a la jurisprudencia europea, que es donde primariamente se ha venido construyendo esta doctrina.

En este sentido, tal y como señala el licitador ALSTOM S.A., resulta procedente acudir a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2000 dictada en el asunto C-225/1998, de la que se hace eco la Comunicación de la Comisión Europea de 15 de octubre de 2001, a la que se ha hecho mención con cierta frecuencia por parte de este Tribunal a la hora de elaborar la doctrina a que se hizo referencia en el apartado anterior.

Efectivamente, tal y como se señala en esa comunicación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido la introducción de criterios adicionales, o “no determinantes”, entendiendo por tales aquellos que resultan aplicables una vez que las ofertas se habían comparado desde un punto de vista puramente económico, admitiendo una mayor flexibilidad en relación con la introducción de este tipo de criterios sociales destinados, por ejemplo, a la lucha contra el desempleo. Ahora bien, en dicha sentencia también se pone el acento en que, en tales casos, la cláusula que se incluya debe en todo caso atenerse a todos los principios fundamentales del derecho comunitario y no tener una incidencia directa o indirecta en los licitadores procedentes de otros Estados, debiendo además mencionarse expresamente en los pliegos.

Y es aquí donde este Tribunal no puede compartir la fundamentación esgrimida por la entidad contratante y ALSTOM, S.A., ya que una cláusula como la controvertida, por más que se refiera a un criterio que tiene una ponderación de apenas un 1% y como tal puede ser considerada como “criterio adicional no determinante” a estos efectos, no cumple con los requisitos antes señalados, pues: i) no es respetuosa con los principios fundamentales del Derecho europeo, en la medida en que favorece exclusivamente a los trabajadores españoles frente a los de otros Estados miembros y ii) incide en la competencia, pues supone una ventaja competitiva para los operadores ya establecidos en España. Se trata de una cláusula que, en definitiva, favorece a los licitadores locales, mermando las posibilidades de los licitadores potenciales establecidos en otros Estados miembros de llevarse el contrato considerado y prestar los servicios objeto del mismo lo que constituye una restricción de la libre prestación de servicios a efectos de lo dispuesto en el artículo 49 (ex 59) del Tratado CE, lo que está expresamente prohibido a la luz de la normativa europea, tal y como señala la Comisión en la Comunicación antes mencionada (nota al pie nº 46).

Abundando en lo hasta ahora dicho, resulta procedente acudir a la actual redacción del considerando 103 de la Directiva 2014/25/UE, que ha venido a aclarar cuáles son los límites de la inclusión en la licitación de este tipo de cláusulas de tipo social, en relación con lo señalado en el artículo 56 de la nueva directiva.

En este sentido, y pese a que no se ha producido aún la trasposición de la citada Directiva, dado el carácter interpretativo de sus considerandos y el principio de efecto directo y primacía del Derecho comunitario, este Tribunal considera que el contenido de la misma resulta aplicable en este caso. Pues bien, el citado considerando 103 señala:

“Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate. Además, deben aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y de una forma que no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean partes en el ACP o en los Acuerdos de Libre

Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reglamentadas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva.

Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional'

Medidas como las propuestas en el pliego, por más comprensibles que puedan ser, dada la situación del mercado laboral español, suponen una evidente discriminación por razón del territorio, pues el único requisito para obtener los puntos en liza es que la carga de trabajo se realice en España, sin que se exija que esa carga de trabajo sea asumida por colectivos desfavorecidos o que tenga por objeto, por ejemplo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral o de los colectivos de discapacitados, sino que el único criterio es precisamente el lugar en el cual la carga de trabajo se va a desarrollar, lo que no solo resulta contrario a las normas de contratación pública, sino también al resto del ordenamiento europeo, en la medida en que favorece y por tanto discrimina a los trabajadores de otros Estados miembros.

Además, se trata de un criterio que no tiene vínculo alguno con el objeto del contrato, pues no se justifica ni se alega que la fabricación en España redunde en una mayor satisfacción de las necesidades que la entidad contratante pretende lograr con el contrato o que se trate de un requisito técnico para lograr una mejor ejecución del mismo.

Por todo ello, ha de estimarse la reclamación en este punto y anular la citada cláusula.

C. Criterio 2.1 "Disposición de rodadura desplazante"

Distinta suerte debe correr este criterio. Como hemos dicho, no puede considerarse que

exista arraigo territorial cuando el criterio de adjudicación está referido a una determinada característica de lo que es objeto del contrato, por más que esa característica pueda ser específica o propia del lugar donde el contrato se va a ejecutar, siempre y cuando la misma sea objetivamente necesaria para la ejecución del contrato o al menos contribuya a una mejor ejecución del mismo, en cuyo caso su inclusión como criterio de adjudicación puede resultar admisible.

Tal es precisamente el supuesto en el que nos encontramos. Es un hecho notorio, reconocido por el propio recurrente (párrafo 115), que la red ferroviaria española tiene características técnicas propias, como consecuencia de la convivencia de distintos anchos de vía, tal y como expone la entidad contratante en su informe. Esa especificidad hace que resulte claramente ventajoso para la entidad contratante contar con trenes que puedan ser utilizados indistintamente en los distintos tipos de vías y ese es precisamente el objetivo que se pretende lograr, siendo además una medida proporcional a dicho objetivo, teniendo en cuenta que se trata de un criterio por el que el máximo de puntos a obtener será de 2, lo que representa el 2% del total de puntos en liza.

El hecho de que se trate de una tecnología que no está presente en otras partes del mundo es un hecho objetivo y ajeno al órgano de contratación y no constituye por tanto una medida discriminatoria.

Por otro lado, el hecho de que sea una ventaja que solo estará a disposición de la entidad contratante en caso de ejercer la opción contenida en el contrato, no merma la anterior conclusión, pues es indiscutible que el simple hecho de contar con esa posibilidad constituye en sí misma una ventaja, pues permitirá a la entidad contratante ejercer la opción de compra contenida en el pliego en mejores condiciones que en caso de que los trenes a suministrar no cuenten con esa tecnología.

Por todo ello, la reclamación ha de ser desestimada en este punto, declarando la conformidad a Derecho de esta cláusula.

Octavo. Alegaciones relativas al establecimiento de requisitos técnicos que otorgan ventaja a determinados licitadores.

El establecimiento de requisitos técnicos en la contratación pública es uno de los puntos que mayor estudio y análisis ha merecido por parte de las instituciones europeas y españolas para garantizar el principio de transparencia e igualdad de trato de todos los licitadores, pues puede ocurrir que en ocasiones la propia forma en que se describen las exigencias técnicas del contrato pueden situar en una posición de ventaja a unos licitadores frente a otros. Cuando esa posición de ventaja no se encuentra justificada o resulta desproporcionada al objetivo que pretende lograrse con el contrato, la cláusula podrá ser declarada nula.

En este sentido, debe partirse de lo dispuesto en el artículo 34 de la LCSE:

“3. Las prescripciones técnicas deberán permitir a todos los licitadores el acceso en condiciones de igualdad y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia.

4. Sin perjuicio de las normas técnicas vigentes, en la medida en que sean compatibles con la legislación comunitaria, las prescripciones técnicas deberán formularse:

a) Bien por referencia a prescripciones técnicas y, por orden de preferencia, a las normas por las que se adapta la legislación española a las normas europeas, a los documentos de idoneidad técnica europeos, a las prescripciones técnicas comunes, a las normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a las normas, a los documentos de idoneidad técnica o a las prescripciones técnicas en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de productos. Cada referencia deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».

b) Bien en términos de rendimiento o exigencias funcionales, pudiendo esta última incluir características medioambientales. Estos parámetros deberán ser suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a las entidades contratantes adjudicar el contrato.

c) Bien en los términos de rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra b), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estas exigencias de rendimiento o funcionales, a las prescripciones contempladas en la letra a).

d) Bien mediante referencia a las prescripciones técnicas de la letra a) para ciertas características y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales de la letra b) para otras características.

5. Cuando las entidades contratantes hagan uso de la opción de referirse a las prescripciones señaladas en la letra a) del apartado 4, no podrán rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios ofrecidos no son conformes a las prescripciones a que se hayan referido, siempre que en su oferta el licitador pruebe, a satisfacción de la entidad contratante y por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos por las prescripciones técnicas.

Un expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido podrán constituir un medio adecuado de prueba.

6. Cuando las entidades contratantes hagan uso de la opción prevista en el apartado 4 de especificar en términos de rendimiento o exigencias funcionales, no podrán rechazar una oferta de obras, suministros o servicios que se ajusten a una norma nacional que incorpore una norma europea, a un documento de idoneidad técnica europeo, a una especificación técnica común, a una norma internacional o a un sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, si tales prescripciones tienen por objeto definir los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales exigidos por ellas.

En su oferta, el licitador deberá probar a satisfacción de la entidad contratante, por cualquier medio adecuado, que la obra, suministro o servicio conforme a la norma reúne los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales establecidos por la entidad contratante.



Un expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido podrían constituir un medio adecuado de prueba.”

Señalar que en este punto, que el artículo 60 de la Directiva 2014/25/UE no ha modificado en esencia lo dispuesto en el precepto transcrito.

A. Doctrina del TACRC

Partiendo de lo anterior, la doctrina de este Tribunal al respecto y en lo que afecta al presente reclamación, cabe resumirla en los siguientes puntos:

a) El principio de autonomía de la voluntad determina que los poderes adjudicadores cuenten con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de determinar las prescripciones técnicas exigidas a los licitadores, siempre y cuando las mismas estén justificadas y sean necesarias para satisfacer las necesidades que se pretenden subvenir con el contrato (resolución nº 153/2016 y las que en ella cita).

b) Para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma (resolución 548/2014, por remisión a otra del TACP Madrid 9/2013).

c) Cuando las especificaciones técnicas se refieran a una determinada marca, productos, patentes o tipos deberá incluirse la referencia “o equivalente”, salvo que esté justificado por el objeto del contrato. En este sentido, será válida la exigencia de que se utilicen determinadas marcas o productos cuando existan especialidades en el objeto del contrato que lo justifiquen, salvo que existan en el mercado productos similares, con idéntica o similar funcionalidad (resolución nº 184/2016).

d) Por otro lado, la existencia de un operador dominante no debe confundirse con una conducta restrictiva de la competencia. De suyo, la posición de dominio no está prohibida por la Ley ni por el Derecho Comunitario, sí lo están en cambio las restricciones a la

competencia o el abuso en dicha posición de dominio, teniendo en cuenta que existen fórmulas para que operadores de menor dimensión o con una gama de servicios limitada que no puedan afrontar por sí solos el contenido de contrato opten al mismo mediante fórmulas de colaboración como las UTE o acuerdos para la subcontratación (resolución nº 706/2013).

B. Exigencia de que los trenes a suministrar estén equipados con los sistemas de señalización KVB y ASFA Digital

En primer lugar, al respecto de esta alegación, debe decirse que, tal y como señala la entidad contratante, el recurrente no ha acreditado en absoluto la existencia de este monopolio de hecho. La prueba propuesta en el otrosí de la reclamación, se refiere exclusivamente a la titularidad de uno de los otros licitadores respecto de alguno de los sistemas exigidos, pero en absoluto acredita que tal titularidad suponga un monopolio sobre su fabricación, razón por la cual su práctica resulta innecesaria y por ello inadmisibile.

En todo caso, y aun admitiendo la existencia de tal monopolio, el recurrente basa sus alegaciones en una hipotética y eventual actuación anticompetitiva por parte de quien ostentaría tal monopolio, circunstancia que, como tal, es ajena al órgano de contratación y que no es provocada por éste, sino por el ejercicio de los derechos de exclusiva que ostentan terceras personas.

Conviene aclarar en este punto que la entidad contratante tiene la obligación de no introducir exigencias técnicas, condiciones de aptitud, criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución que puedan ser discriminatorias, pero tal obligación no implica que la entidad contratante esté obligado a remover cualquier posible ventaja con la que cuenten los distintos licitadores como consecuencia de circunstancias o hechos ajenos al propio órgano de contratación, que es lo que parece pretender el recurrente.

Si el sistema de señalización de los trenes exigido en el pliego está protegido por un derecho de patente a favor de uno o varios operadores económicos es una situación jurídica que no ha sido provocada por la entidad contratante, ni es por tanto obligación de

la entidad contratante efectuar las gestiones necesarias para evitar o resolver los problemas que las normas de protección de la propiedad intelectual o industrial puedan causar a los licitadores.

En todo caso, una eventual actuación anticompetitiva por parte de quienes presuntamente ostentarían tal monopolio, siempre podría ser combatida por el recurrente, caso de resultar adjudicatario, a través del ejercicio de las correspondientes acciones contra lo que constituiría un abuso de posición dominante y como tal una actuación ilegítima por parte de quien ejerza tal abuso, pero no por parte de la entidad contratante.

En este sentido, lo único verdaderamente relevante es establecer si efectivamente la utilización de los concretos sistemas de señalización exigidos en el pliego es necesaria para la consecución de los objetivos pretendidos por el contrato o si, por el contrario, dicho objetivo podía lograrse mediante el uso de otros sistemas equivalentes. Pues bien, a la vista de las alegaciones del recurrente (párrafos 143 y 145) y, sobre todo del informe de la entidad contratante, puede concluirse que el uso de esos concretos sistemas son una exigencia de las normas que regulan la homologación y por tanto posterior circulación de los trenes de conformidad con el ordenamiento jurídico español y francés.

De este modo, el propio licitador reconoce que sin tales sistemas el tren no puede circular, si bien lo que propone es que sea la entidad contratante quien adquiera los sistemas, poniéndolos a disposición de los licitadores, lo que resulta de todo punto improcedente. Como hemos dicho, la entidad contratante tiene prohibido establecer requisitos que supongan una discriminación o ventaja para determinados licitadores, pero no está obligado a remover cualquier obstáculo que las características objetivas de la licitación supongan para determinados operadores.

Acreditado que los sistemas exigidos son absolutamente necesarios para que los trenes objeto de suministro puedan circular por las vías españolas y francesas, que es precisamente el objetivo esencial de la licitación, el criterio no puede ser considerado discriminatorio y por tanto la reclamación debe ser desestimada también en este punto.

C. Establecimiento de plazos para el pago que suponen un excesivo apalancamiento de suerte que solo quien acuda con un socio financiero puede concurrir a la licitación

Esta alegación debe ser desestimada en virtud del propio argumento utilizado por el recurrente: tal y como él mismo reconoce, la concurrencia con un socio financiero permite soslayar este supuesto obstáculo a la contratación, y por tanto no cabe considerar que se produce discriminación alguna.

Noveno. Alegaciones relativas a la existencia de cláusulas oscuras e imprecisas.

Efectivamente, las cláusulas de los pliegos han de ser claras y precisas, de suerte que permita a los licitadores conocer de antemano cuáles son los criterios y condiciones que va a utilizar la entidad contratante a la hora de seleccionar al adjudicatario, pero además, que les permita también efectuar una oferta con seriedad, pudiendo calcular de antemano los costes en que incurrirán al elaborar las mismas.

A. Doctrina del TACRC

En relación con esta cuestión, también existe una sólida doctrina de este Tribunal, que podemos resumir en los siguientes puntos:

a) Los pliegos deben estar redactados, de conformidad con la jurisprudencia europea, de tal forma que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (resolución nº 713/2015 y las que en ella se citan).

b) Ahora bien, no procederá la nulidad del pliego, cuando la posible oscuridad de la cláusula puede ser resuelta por el trámite previsto en el artículo 158 TRLCSP (resolución

nº 52/2016), doctrina que es igualmente aplicable a los contratos regidos por la LCSE, dado lo dispuesto en su artículo 81.3, como inmediatamente veremos.

B. Aplicación a ambas alegaciones

Pues bien, en este punto, las dos alegaciones efectuadas por el recurrente y que se han agrupado en este punto, tanto la relativa a la ausencia de definición del *mission profile* de los trenes a suministrar a efectos de determinar el nivel de fiabilidad exigido, como la relativa a la posible imprecisión de determinadas causas de resolución, deben ser desestimadas, puesto que la entidad contratante dio varias oportunidades a los licitadores para que expresaran todas las dudas que les pudieran suscitar los pliegos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.3 LCSE (cuya dicción es esencialmente similar al artículo 158 TRLCSP antes citado) y la cláusula cuarta del PCP que se transcribió con anterioridad.

No consta que en ninguna de las dos rondas de preguntas se suscitara por parte de BOMBARDIER las cuestiones que ahora se plantean y en todo caso tampoco el recurrente ha señalado que la respuesta dada por la entidad contratante fuera insatisfactoria, sino que se limita a alegar genéricamente una supuesta falta de información o imprecisión por parte del pliego que bien pudo resolver utilizando el trámite puesto a su disposición por el propio órgano de contratación.

No olvidemos además que en este caso el *dies a quo* para la presentación de la reclamación lo hemos situado, de conformidad con lo argumentado por el recurrente, en el momento en que la entidad contratante contestó a todas las preguntas formuladas por los licitadores, preguntas entre las cuales el recurrente bien pudo haber incluido las que ahora extemporáneamente se suscitan.

Por todo ello, ambos motivos se desestiman.

Décimo. Alegaciones relativas a la falta de equilibrio económico del contrato, por suponer un excesivo beneficio a favor de RENFE.

En este punto debe recordarse que los contratos del sector público se rigen por el

principio de autonomía de la voluntad. Tal y como antes se ha apuntado, los poderes adjudicadores gozan de amplia discrecionalidad a la hora de establecer las exigencias y requisitos que consideren oportunos para lograr la satisfacción de sus necesidades, con el único límite de que tales exigencias no supongan una ventaja competitiva a favor de determinados licitadores o que las mismas se encuentren totalmente desvinculadas del objeto del contrato.

Debe precisarse, como antes ya se hizo mención y como recuerda ALSTOM S.A.U. en sus alegaciones, que la competencia de este Tribunal se refiere únicamente a la revisión de la conformidad a Derecho del contenido de los pliegos y documentos contractuales, desde la perspectiva de la normativa reguladora de la contratación pública, garantizando la aplicación efectiva de los principios que han de regir la misma, pero no constituye un tribunal que deba dirimir las disputas que, a la luz del contrato, puedan surgir entre el eventual adjudicatario y la entidad contratante como consecuencia de la ejecución del contrato, las cuales habrán de ser valoradas por los tribunales competentes.

A. Doctrina del TACRC

Como antes se indicó, este Tribunal ha señalado que el establecimiento de una determinada exigencia técnica no puede considerarse discriminatorio cuando existen diversos productores capaces de cumplirla. Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son éstos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida (TACP Madrid 9/2013).

B. Aplicación a las distintas alegaciones agrupadas en este punto

De conformidad con lo anterior, cabe ya adelantar la necesidad de desestimar todas las alegaciones agrupadas en este punto. Efectivamente, el recurrente no alega ni invoca en relación con estas alegaciones que las exigencias planteadas por RENFE tengan como objetivo que la licitación recaiga en un determinado licitador, por estar éste en una situación de ventaja competitiva respecto de las demás. Únicamente considera que RENFE está planteando unas exigencias excesivas o que pueden implicar un excesivo desequilibrio económico entre las partes.

A este respecto debe decirse que el equilibrio de las prestaciones no constituye un principio de la contratación que sea susceptible de revisión por este Tribunal. Únicamente, en aquellas ocasiones en que ese desequilibrio puede suponer una ruptura de las normas que regulan la formación del precio del contrato establecidas en el artículo 87 del TRLCSP, ha podido este u otros Tribunales competentes en la materia manifestarse al respecto.

Sin embargo, nada de esto se ha alegado por el recurrente, que se limita a quejarse de lo oneroso de determinadas condiciones, pero sin valorar cuál es el impacto económico que tales condiciones implican, de suerte que pudiera acreditarse que con tales exigencias el precio máximo fijado en el contrato pudiera resultar improcedente o que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 19 de la LCSE. Nada de esto se acredita y por tanto no cabe entrar en el mismo.

Debe darse la razón por ello a la entidad contratante cuando señala que difícilmente cabe considerar la existencia de un posible desequilibrio en las prestaciones de un contrato cuando el mismo todavía no se encuentra definido, en el sentido de que en este momento de la licitación, cuando únicamente se han publicado los pliegos, solo se han definido parcialmente algunos de los elementos configuradores del contrato, debiendo los licitadores en sus ofertas definir el resto. Solo cuando todas las prestaciones del contrato estén totalmente definidas, cabrá hablar de desequilibrio, cuestión ésta que será en su caso competencia de los tribunales civiles, al tratarse de un contrato privado y sujeto a la LCSE.

Resulta por lo demás necesario efectuar las siguientes precisiones:

a) En relación con la cesión de derechos de propiedad intelectual o industrial, recordar que se trata de una cláusula de general y habitual inclusión en los contratos de suministro, tal y como señala la entidad contratante y que además está en la actualidad expresamente recogida en la Directiva 2014/25/UE, que en su artículo 60.1 señala: “*Las especificaciones técnicas podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial*”. Todo lo cual permite confirmar la improcedencia de esta alegación.

b) En relación con la alegación relativa al establecimiento de un límite a la tasa de revisión, conviene precisar en primer lugar que la aplicación de la Ley 2/2015 a la que hace referencia la entidad contratante y SIEMENS resulta totalmente irrelevante, en la medida en que lo que se alega no es la supuesta vulneración de dicha ley o del artículo 89 del TRLCSP, sino el carácter más o menos oneroso de esa cláusula derivado de la imprevisibilidad de la alteración de los precios a tan largo plazo; a este respecto, sin embargo, no puede sino reiterarse lo hasta ahora dicho: la mayor onerosidad de los contratos no constituye por sí misma una vulneración de la normativa del sector público.

c) En cuanto al límite a la fijación de penalizaciones en el 20% del precio del contrato, las alegaciones del recurrente parten de la base de una aplicación abusiva de las cláusulas contenidas en el mismo, abuso que en su caso habría de dirimirse ante los tribunales civiles sin que de la misma se derive, en principio, una infracción de las normas que rigen la contratación del sector público.

d) En relación con las causas de resolución, procede hacer las siguientes precisiones:

- En cuanto a la obligación de la obtención de la autorización de puesta en servicio en Francia y en España, debe recordarse que incluso desde una perspectiva de estricto Derecho privado, en cualquier contrato de compraventa la obligación de entrega supone que el bien objeto de la venta debe ser puesto a disposición del comprador en condiciones de ser utilizado para el destino que corresponda según su naturaleza, lo que exige también el cumplimiento de los trámites y habilitaciones administrativas que sean necesarias para ello, sin que corresponda tal obligación al comprador, que podrá incluso

exigir la resolución de contrato de compraventa en caso de que el vendedor no cumpla con tales trámites y ello incluso aunque no se haya previsto expresamente en el contrato (véase al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2013, recurso de casación nº 1666/2010, así como todas las que en ella se citan); la introducción de una cláusula en el pliego que se limita a establecer esta exigencia por parte del suministrador, difícilmente puede ser considerada entonces contraria a Derecho, sin perjuicio de que las concretas consecuencias de su ejercicio habrán de ser ponderadas por los tribunales competentes, sin que este Tribunal extienda su competencia a las cuestiones relacionadas con los efectos y cumplimiento de los contratos.

- En cuanto a los efectos de la resolución, la recíproca restitución de lo que es objeto del contrato resulta también un efecto derivado de la misma, sin perjuicio de las indemnizaciones que por razón de los perjuicios causados puedan establecerse en función del incumplimiento culpable del contrato por las partes; la introducción de una cláusula en el PCP en este sentido tampoco puede ser considerada ilegal, sin perjuicio de que un ejercicio abusivo de esa cláusula por la entidad contratante en la fase de ejecución del contrato pueda ser invocada a través del correspondiente litigio ante los tribunales competentes.

e) Finalmente, por lo que se refiere a la exigencia de la obligación de costear cualquier desviación de más del 5% del EBIDTA de la sociedad mixta que se ha de constituir para la prestación del servicio de mantenimiento respecto del plan de negocio presentado por el propio licitador con su oferta, las aclaraciones contenidas en el informe de la entidad contratante son suficientes para desestimar la alegaciones realizada, pues de las mismas se deduce que la imposición de la obligación de costear el exceso de costes se refiere únicamente a aquellos cuya desviación sea consecuencia de la propia actuación del adjudicatario, ya sea en la fabricación o suministro de los trenes, o bien en las estimaciones contenidas en el plan de negocio o en los datos contenidos en su propia oferta. Ahora bien, hubiera sido deseable que tal aclaración se hubiera incluido en los pliegos, si bien también es cierto que si el licitador tenía alguna duda a este respecto, bien pudo haberla planteado cuando tuvo la ocasión, como antes ya se ha advertido.

Duodécimo. Desestimación de la solicitud de medidas cautelares.

Finalmente, resulta necesario, en virtud del principio de congruencia, desestimar expresamente la petición de medidas cautelares efectuada por el interesado consistente en la suspensión del procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103.2 de la LCSE y a la cual no se había dado respuesta con anterioridad.

Es cierto, tal y como señala el recurrente, que la excesiva dilación de esta reclamación podría causar perjuicios irreparables en caso de que el procedimiento de licitación hubiera culminado con anterioridad a la resolución. No obstante, dada la celeridad con que se ha tramitado este expediente y que en el momento de dictarse esta resolución ni siquiera se ha llegado a la apertura de las ofertas, ningún perjuicio irreparable se ha producido, motivo por el cual no resulta procedente atender a esta petición.

De acuerdo con lo expuesto, procede desestimar también este grupo de alegaciones.

Por todo lo anterior.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente la reclamación formulada por D. A. R. A. y D. J. A. N., en nombre y representación de BOMBARDIER EUROPEAN HOLDINGS S.L.U. (en adelante, BOMBARDIER), contra los pliegos y resto de la documentación contractual que ha de regir el “procedimiento restringido para la adjudicación del suministro y mantenimiento integral de Trenes de Alta Velocidad”, aprobados por RENFE VIAJEROS, S.A. anulando dicho acuerdo únicamente en relación con el criterio de adjudicación 4.1, relativo a la fabricación en España y ordenando la retroacción del procedimiento al momento de aprobación de los pliegos para su posterior notificación a los licitadores invitados a la licitación.

Segundo. Desestimar la solicitud de suspensión formulada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 103.2 de la LCSE.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.