



Recurso nº 797/2021

Resolución nº 886/2021

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

En Madrid, a 15 de julio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.P.M.M., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra el anuncio y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación convocada por la Dirección General de Carreteras para contratar la obra *“20-S-5930.A; 54.93/21 Mejora de la plataforma y tratamiento ambiental de N-621 de León a Santander por Potes. Tramo: Castro-Cillorigo-Panes. Desfiladero de la Hermida. Provincias Cantabria y Asturias”*, expediente 654213959301; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, se convocó mediante anuncio enviado a publicación el 23 de abril de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea; y publicado el 25 de abril de 2021 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 29 de abril de 2021 en el Boletín Oficial del Estado, el anuncio de licitación y los pliegos para la adjudicación, por procedimiento abierto, del contrato de *“20-S-5930.A; 54.93/21 Mejora de la plataforma y tratamiento ambiental de N-621 de León a Santander por Potes. Tramo: Castro-Cillorigo-Panes. Desfiladero de la Hermida. Provincias Cantabria y Asturias, con expediente 654213959301”*, con un valor estimado de 79.918.968,20 euros.

Segundo. Contra el anuncio y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) rector del procedimiento, el representante de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC) interpone en fecha 13 de mayo de 2021 el presente recurso especial en materia de contratación, solicitando se declare la revisión del PCAP, de acuerdo con los argumentos y motivos alegados.



Tercero. De conformidad 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 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), se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 1 de junio de 2021.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fecha 8 de junio de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 11 de junio de 2021 acordando adoptar de oficio la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El marco jurídico aplicable viene determinado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) así como por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP y en el artículo 22.1 del RPERMC.

Tercero. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso, establecidas en el artículo 50 de la LCSP.



Cuarto. Se recurre el anuncio y, más concretamente, el apartado 23.2 del Cuadro de Características y la cláusula 21 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir el contrato. El contrato es de obras y su valor estimado es superior a tres millones de euros, por ello el recurso especial se dirige frente a un acto susceptible de ser objeto del mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

Quinto. La recurrente se encuentra legitimada activamente conforme al artículo 48 de la LCSP cuando dispone:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación.

En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

A estos efectos, y como se ha resuelto por este Tribunal en, entre otras, la Resolución 1050/2018, el artículo 48 de la LCSP introduce dos novedades respecto al artículo 42 del TRLCSP. Por un lado, amplía el ámbito de la legitimación no ya sólo a aquellos que resulten perjudicados en sus derechos e intereses legítimos (tal y como establecía el TRLCSP) sino que se especifica que tales derechos e intereses legítimos pueden ser *“individuales o colectivos”* y, además, se abre a la afectación indirecta - *“puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*.-

En el mismo sentido, el artículo 24.1 del RPERMC, dispone que:



“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.

En consecuencia, la legitimación de los sindicatos y asociaciones empresariales sólo será admisible, si los motivos de impugnación tienen una relación directa e incuestionable con la defensa de los intereses colectivos, sin que pueda admitirse dicha legitimación en el caso de que los motivos del recurso rebasen este ámbito o se refieran a cuestiones de legalidad ordinaria de los pliegos o el procedimiento.

En el recurso que nos ocupa, la recurrente representa evidentemente un interés colectivo, relacionado con el objeto de contrato tal y como resulta de sus estatutos, por lo que se le reconoce legitimación para recurrir.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, la recurrente impugna el apartado 23.2 del cuadro de características del PCAP, así como la cláusula 41 del PCAP, al considerar que las citadas cláusulas imponen la introducción y fijación de nuevos precios en un expediente de modificación del contrato de obras del sector público sin contradicción ni audiencia previa del contratista, en clara vulneración de los artículos 191 y 242 apartados segundo y cuarto de la LCSP y artículo 162 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP).

En concreto, indica:

“La cláusula 23 del cuadro de características del PCAP y la cláusula 41 del PCAP, sobre la modificación del contrato, a la que se remite la cláusula 23 del cuadro de características, en cuanto que determinan que “para fijar los nuevos precios se aplicará la Base de precios citada en la cláusula 41 de este pliego” y que “el contratista acepta que los precios nuevos finales a pagar por la Administración, que se generen en el expediente de modificación, serán como máximo los recogidos en



la “Base de Precios de la Dirección General de Carreteras” infringen lo previsto en el artículo 191 y en los apartados segundo y cuarto del artículo 242 de la LCSP. Asimismo, vulnera los artículos 97 y 162 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP).

Es necesario hacer notar que las modificaciones contractuales siempre deben realizarse tramitando el correspondiente expediente, de acuerdo con el procedimiento regulado en el art. 191 de la LCSP, donde se indica, entre otros trámites, la necesidad de dar audiencia al contratista.

En concreto, indica el artículo 191 de la LCSP en su primer apartado que “en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo anterior, deberá darse audiencia al contratista”; señala, por su parte, el artículo 190 de la LCSP que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de modificar los contratos administrativos por razones de interés público.

En cualquier caso, cuando se introducen nuevos precios en un contrato de obra resulta imprescindible recabar y obtener el acuerdo del contratista con dichos precios. Prueba de ello es lo indicado en el artículo 30.1.f) LCSP 2017, que considera como uno de los supuestos en que la Administración puede ejecutar prestaciones por sí misma con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados “cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes”. Es decir, a sensu contrario, siempre que sea preciso realizar modificaciones en unidades de obra es necesario que previamente se establezca mediante un procedimiento contradictorio entre órgano de contratación y contratista, con audiencia siempre y en todo lugar del contratista, recabando y obteniendo su acuerdo con los precios nuevos.

(...)



Así pues, al albur de lo especificado en los artículos 30.1.f), 191 y 242.4 de la LCSP el órgano de contratación, la Dirección General de Carreteras, tiene el deber de dar audiencia al contratista para contradictoriamente fijar los precios nuevos finales a pagar por la Administración, que se generen en el expediente de modificación. No puede limitar a priori un máximo de dichos precios en el PCAP, en cuanto que no exista para la fijación de esos precios contradicción con audiencia previa al contratista en el expediente correspondiente, y viene obligado a recabar y obtener el acuerdo del contratista con esos precios, como ahora se argumentará.

Adicionalmente, el RGLCAP indica en su artículo 97 que, con carácter general, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato, ya sea por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales, se tramitarán mediante expediente contradictorio, que incluye propuesta, audiencia al contratista, informe del servicio correspondiente, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención antes de que el órgano de contratación resuelva y dicha resolución motivada se comunique al contratista.

Asimismo, el artículo 162 del RGLCAP señala que:

“Cuando sea necesaria la ejecución de unidades nuevas no previstas en el proyecto, el director de las obras elevará al órgano de contratación las propuestas de los precios nuevos y la repercusión sobre el plazo de ejecución del contrato. La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas.”

Y finalmente, el artículo 242.2 de la LCSP 2017 prevé que:

“Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, y no sea necesario realizar una nueva licitación, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados,



el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley.”

En el sentido que argumentamos se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

El Informe 85/18 (“Materia: Régimen de modificación del contrato de obras y otras cuestiones”) resuelve las dudas interpretativas de carácter general con relación a la aplicación del régimen jurídico de las modificaciones de contratos de obras.”

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo, sostiene la conformidad a derecho de los pliegos rectores del procedimiento.

Séptimo. Expuestos en estos términos el debate planteado, la controversia jurídica se contrae en analizar si la cláusula en cuestión contraviene los requisitos, límites y alcance establecidos por el ordenamiento jurídico para la modificación del contrato.

La contratación administrativa se rige por una serie de principios, entre ellos el de inalterabilidad o invariabilidad de lo pactado por las partes salvo excepciones que, como tales, exigen una interpretación restrictiva (Sentencia de 3 de mayo de 2001).

El *ius variandi*, en cuanto prerrogativa o potestad, emana directamente del ordenamiento jurídico, debiendo sujetarse en su ejercicio a los requisitos, límites y alcance que aquél establece.

Requisitos de carácter formal, que exigen respetar el procedimiento legalmente establecido, requisitos materiales y dentro del límite y con el alcance legalmente establecido, de manera que el contrato mantenga su identidad, quedando vedado, vía *ius variandi*, realizar una alteración sustancial del contrato, por implicar ésta no ya una modificación, sino un cambio en la voluntad administrativa que requiere de una nueva contratación.

La potestad de *ius variandi* en los contratos administrativos constituye sin duda una de las prerrogativas más relevantes de las que gozan las Administraciones Públicas, así como



una de las más claras expresiones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*). No obstante, la potestad de modificar unilateralmente su objeto nunca puede entenderse como una potestad sin límites ni, mucho menos, de alcance general justificada en un interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante.

El Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación –inmutabilidad del fin público y mutabilidad del contenido prestacional del contratista- al señalar que el primero no puede quedar limitado por el segundo (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000). Incluso se ha afirmado que si la coyuntura, externa al propio contrato, cambia, es justificación suficiente para acreditar que la modificación aprobada no excede los límites del ejercicio del *ius variandi* (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 febrero 2008).

Fijado así el contexto en el que necesariamente hemos de resolver, la cuestión controvertida se contrae en dirimir si el órgano de contratación puede o no establecer de forma clara e inequívoca en los Pliegos que han de regir la licitación, una cláusula que delimite los precios necesariamente a tener en cuenta, en caso de que se modifique el contrato durante su ejecución y, además, a hacerlo, por referencia a una norma vigente en el momento de licitarse el contrato, que es pública y de fácil acceso para los licitadores.

Establecidas las premisas anteriores, las cláusulas impugnadas en el presente recurso, apartado 23.2 del Cuadro de Características del PCAP, disponen que:

“23.2 23.2 Modificaciones no previstas [artículo 205 LCSP]

Para fijar los nuevos precios se aplicará la Base de precios citada en la cláusula 41 de este pliego, siempre que existan.”

Por su parte, la cláusula 41 del PCAP señala:

“A los efectos establecidos en el artículo 203 de la LCSP, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de modificar el contrato [artículo 190 LCSP].



El contratista acepta que no está facultado para ejecutar trabajos adicionales distintos de los pactados, salvo que estén amparados por un expediente de modificación. En consecuencia, el contratista renuncia a reclamar cualquier compensación por trabajos adicionales no amparados por un expediente de modificación debidamente aprobado por el órgano de contratación.

Igualmente, el contratista acepta que los precios nuevos finales a pagar por la Administración, que se generen en el expediente de modificación, serán como máximo los recogidos en la “Base de Precios de la Dirección General de Carreteras”, según la versión publicada en la página web de este Ministerio en el momento en que concluya el plazo de presentación de ofertas (actualmente, la citada Base figura en la Orden Circular 37/2016), siempre que existan.

A los efectos del artículo 242.2 de la LCSP, son unidades de obra cuyas características no difieren de las fijadas en el proyecto primitivo aquellas cuyos precios, fijados por la Administración, puedan formarse en su totalidad con los precios descompuestos o costes elementales de otras unidades de obra del propio proyecto.

A los efectos del artículo 213.4 de la LCSP, se entenderá que el contratista rechaza la modificación contractual propuesta por la Administración cuando no responda a dicha propuesta en el plazo de 5 días hábiles, salvo que la Administración le conceda un plazo mayor.

1. Modificaciones previstas [artículo 204 LCSP]

a) Supuestos.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 204 de la LCSP, los supuestos en que podrá modificarse este contrato serán los indicados en el apartado 23 del cuadro de características.

b) Alcance y límites.



En cuanto al porcentaje del precio del contrato al que, como máximo, podrán afectar las modificaciones del contrato, se estará a lo dispuesto esta cláusula, teniendo en cuenta el límite máximo del 20 % del precio inicial previsto en el artículo 204.1 de la LCSP.

c) Procedimiento.

Respecto al procedimiento a seguir para la tramitación y aprobación de las modificaciones del contrato que se produzcan, se estará a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP.

Antes de proceder a la modificación del contrato, deberá darse audiencia al redactor del proyecto para que, en un plazo de tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

En todo caso, la tramitación exigirá la autorización del órgano de contratación para iniciar el correspondiente expediente y la aprobación del expediente y del gasto.

2. Modificaciones no previstas [artículo 205 LCSP]

Las modificaciones no previstas en este pliego, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los requisitos y el procedimiento previstos en los artículos 205 a 207 de la LCSP.”

Examinado el contenido de las cláusulas impugnadas, este Tribunal considera que dichas cláusulas no resultan contrarias a los artículos 191 y 242.2 de la LCSP, en la medida en que, resulta posible que el órgano de contratación determine un máximo para los precios que se generen en el expediente de modificación, por referencia a unas bases previamente aprobadas, respetando en todo caso la tramitación de un expediente contradictorio- en el que se dé audiencia al contratista-, al que se refiere el artículo 242.2 de la LCSP.

En efecto, las cláusulas impugnadas no contradicen el procedimiento específico que contempla el artículo 242.2 de la LCPS- precepto directamente aplicable sin necesidad de mención expresa en el PCAP ex artículo 25.2 de la LCSP-, en el que los precios aplicables

a las unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas por este, serán determinados por la administración previa audiencia del contratista:

“2. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, y no sea necesario realizar una nueva licitación, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley.”

Y en el mismo sentido, el artículo 162.2 del RGLCAP:

“2. Cuando sea necesaria la ejecución de unidades nuevas no previstas en el proyecto, el director de las obras elevará al órgano de contratación las propuestas de los precios nuevos y la repercusión sobre el plazo de ejecución del contrato. La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas.”

Atendido todo lo anterior, este Tribunal considera que las cláusulas impugnadas no eluden ni incumplen el procedimiento a seguir para la modificación del contrato; tampoco *“obliga al contratista a aceptar”* ningún precio. No obliga al contratista, porque este es libre de licitar o no en las condiciones propuestas por la Administración (entre ellas el precio) y además de decidir, si se modificara el contrato, previa la tramitación del correspondiente expediente contradictorio, no ejecutar las unidades de obra nuevas por el precio que la Administración le propone.

Ítem más, la cláusula ni siquiera llega a predeterminar la aplicación de unos precios concretos sino a que los que figuren en la citada Base, sean considerados como máximos, si existen en la citada Base.

Así las cosas, la inclusión de cláusula es conforme al principio de libertad de pactos, pues no sólo es acorde al ordenamiento jurídico y al interés público, sino que responde a los



principios de buena administración, en concreto, el de transparencia, al permitir que los licitadores sepan a qué atenerse, en caso de modificación de contrato.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.P.M.M., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra el anuncio y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación convocada por la Dirección General de Carreteras para contratar la obra *“20-S-5930.A; 54.93/21 Mejora de la plataforma y tratamiento ambiental de N-621 de León a Santander por Potes. Tramo: Castro-Cillóriga-Panes. Desfiladero de la Hermida. Provincias Cantabria y Asturias”*, expediente 654213959301.

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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente 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.