



Recurso nº 932/2021

Resolución nº 985/2021

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

En Madrid, a 15 de julio de 2021.

VISTA la reclamación interpuesta 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 ADIF para contratar las *“Obras de Ejecución del Proyecto Constructivo para la implantación de ancho estándar en el trayecto de Astigarraga e Irún. Infraestructura y Vía”*, expediente 3.21/20830.0061; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Acuerdo del Consejo de Administración de ADIF-Alta Velocidad, de fecha 25 de mayo de 2021, fueron aprobados los Pliegos que rigen la licitación y ejecución del contrato de *“Obras de Ejecución del Proyecto Constructivo para la implantación de ancho estándar en el trayecto de Astigarraga e Irún. Infraestructura y Vía”*, expediente 3.21/20830.0061, con un valor estimado de 59.321.650,81 €.

El correspondiente anuncio de licitación se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (31/05/2021), en el DOUE (01/06/2021) y en el BOE (04/06/2021); fijándose como fecha límite de presentación de las ofertas las 13:00 horas del día 28 de junio de 2021.

Segundo. Contra el anterior pliego, D. J.P.M.M., en su condición de Secretario General de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC) interpone recurso especial en materia de contratación; recurso que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 18 de junio de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.1 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RD-Ley 3/2020).

Segundo. En lo que se refiere al plazo de interposición, cabe recordar lo establecido en el párrafo primero de la letra b), del apartado 1, del artículo 121 del RD-Ley 3/2020:

“b) Cuando la reclamación se interponga contra el contenido de los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales, el cómputo del plazo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio que sirva como medio de convocatoria de la licitación, o a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés en el caso de que el medio de convocatoria hubiera sido un anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación, siempre que en estos se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales. Cuando no se hiciera esa indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante. El plazo para la interposición de la reclamación tendrá una duración igual a la del plazo concedido para presentar las proposiciones.”

En el presente procedimiento se publicó el correspondiente anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público (31/05/2021), en el DOUE (01/06/2021) y en el BOE (04/06/2021). La reclamación se presentó el día 18 de junio de 2021. En consecuencia, la reclamación ha sido interpuesta ante este Tribunal dentro del plazo establecido para ello en el artículo 121 del RD-Ley 3/2020.

Tercero. Por su parte, el acto impugnado es recurrible en esta vía. El objeto de la reclamación es claramente el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que ha de regir la licitación, cuya cláusula 31 se impugna por la Asociación recurrente.

Los pliegos son susceptibles de reclamación en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 119 del RD-Ley 3/2020, siempre que vayan referidos a los contratos que se especifican en el propio artículo, entre ellos, los relacionados en el artículo 11 del RD-Ley 3/2020 como es el caso que nos ocupa.

Atendido lo anterior, los pliegos son susceptibles de reclamación en materia de contratación.

Cuarto. La legitimación se regula en el artículo 48 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), dada la remisión al mismo contenida en el artículo 121 del RD-Ley 3/2020, que señala que:

“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”.

Debe entenderse que la reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello. A este respecto, cabe recordar que, como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones de este Tribunal, (entre ellas, las nº 29/2011, nº 248/2012 y, muy particularmente, por referirse a esta misma recurrente, en la muy reciente nº 219/2013), *“parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos”.*

Tal y como se argumenta en esas resoluciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca la legitimación colectiva en casos como el presente (por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 mayo de 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto del recurso.

Quinto. Entrando a analizar el fondo de la reclamación interpuesta, la asociación actora recurre la cláusula 31 del PCAP al entender que vulnera lo previsto en el artículo 112 del RD-Ley 3/2020, en relación con lo previsto en la doctrina de los tribunales de recursos contractuales y de los consejos consultivos estatales y autonómicos, produciendo indefensión al contratista adjudicatario.

Afirma que la cláusula 31 del PCAP, sobre la modificación del contrato, en cuanto que determina que *“el contratista acepta que los precios nuevos finales a pagar por la Entidad, que se generen en el expediente de modificación, serán como máximo los recogidos en la Base de precios de ADIF y ADIF Alta Velocidad, vigente al momento de la publicación de la presente licitación”* y que *“para fijar los nuevos precios se aplicará la Base de precios citada en la presente Cláusula, siempre que existan”* infringe lo previsto en artículo 112 del RD-Ley 3/2020.

Y es que, si bien en el primero de los apartados del artículo 112 del RD-Ley 3/2020 se determina, en cuanto a las modificaciones contractuales, que se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de condiciones, no existe una libertad absoluta por parte del órgano de contratación para determinar este procedimiento respecto de la posible omisión del trámite de audiencia al contratista en el procedimiento de modificación contractual, en cuanto que, como se establece en el apartado segundo del artículo 112 del RD-Ley 3/2020, en todo procedimiento de modificación contractual que se rija por el RD-Ley 3/2020 la entidad contratante viene obligada por el RD-Ley 3/2020 a abrir un trámite de audiencia al contratista para que éste presente alegaciones (*“deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista”*) y aporte documentos (*“todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario”*).

Argumenta también la actora que como acontece en la LCSP y en su Reglamento (artículos 191 y apartados segundo y cuarto del artículo 242 de la LCSP; y artículos 97 y 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-RGLCAP), en el RD-Ley 3/2020 es necesario hacer notar que las modificaciones contractuales siempre deben realizarse tramitando el correspondiente expediente donde, entre otros trámites, es

obligatoria la necesidad de dar audiencia al contratista, conforme establece el último párrafo del apartado segundo del artículo 112 del RD-Ley 3/2020.

En cualquier caso, cuando se introducen modificaciones con nuevos precios en un contrato de obra, en el caso de las modificaciones como tal consideradas en el RD-Ley 3/2020, resulta imprescindible recabar y obtener el acuerdo del contratista con dichas modificaciones y precios.

Y concluye que:

“(...) una cláusula como la recurrida, que obliga al contratista a aceptar 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 ADIF y ADIF-Alta Velocidad, vigente al momento de la publicación de la presente licitación”, es nula, o subsidiariamente anulable, porque la LCSE obliga a que exista contradicción en el expediente por el que se fijen los nuevos precios aplicables a un modificación de obras, a la previa audiencia del contratista en ese expediente contradictorio de modificación.

Imponer al contratista los precios nuevos que resultan de la modificación obviando el procedimiento que al efecto establece la normativa legal conlleva la nulidad de la cláusula que así lo disponga.

No es posible que se fijen los precios nuevos de un modificación, ni máximos ni mínimos, ni concretos ni en tablas, en el PCAP de una licitación previamente a la ejecución de un contrato de obras de la LCSE, ni es posible que, sin aceptarse los precios del modificación en expediente contradictorio para la modificación del contrato de obras, con previa audiencia del contratista, se puedan ejecutar los trabajos del modificación. Lo contrario supone la indefensión del contratista”.

Por su parte, el órgano de contratación se opone al recurso interpuesto interesando su íntegra desestimación.

Sexto. 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.

Dicha cláusula 31 del PCAP establece:

“Cláusula 31. Modificación del contrato.

Para la posibilidad de que el presente contrato pueda ser modificado, se estará a lo dispuesto en el apartado IV.6.1, de Cuadro de Características.

En caso de que el citado apartado así lo indique, el presente contrato será susceptible de modificación. Así, una vez perfeccionado el contrato, ADIF-AV podrá introducir modificaciones en el mismo en los casos y en la forma, previstos a continuación, justificando debidamente su necesidad en el expediente.

El contratista acepta que los precios nuevos finales a pagar por la Entidad, que se generen en el expediente de modificación, serán como máximo los recogidos en la Base de precios de ADIF y ADIF-AV, vigente al momento de la publicación de la presente licitación.

Las modificaciones del contrato deberán formalizarse.

1.- Modificaciones previstas. Supuestos.

Los supuestos en que podrá modificarse el presente contrato serán los indicados en el Apartado IV.6.1 del Cuadro de Características del Pliego.

2.- Modificaciones previstas. 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 en el Apartado IV.6.1 del Cuadro de Características del presente Pliego, teniendo en cuenta que el límite máximo de estas modificaciones previstas será del veinte por ciento del precio inicial del contrato, y que dicha modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

3.- Modificaciones previstas. 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 109 y siguientes del RDL 3/2020 y, en todo lo que no se oponga a lo anterior, en el Anexo de Condiciones Generales.

En todo caso, la tramitación exigirá la Autorización de ADIF-AV para iniciar el correspondiente expediente y la Aprobación del Expediente y del Gasto.

4.- Modificaciones no previstas.

Respecto a las modificaciones no previstas, se estará a lo regulado en el artículo 111 del RDL 3/2020 y, en todo lo que no se oponga a lo anterior, en el Anexo de Condiciones Generales.

Para fijar los nuevos precios se aplicará la Base de precios citada en la presente Cláusula, siempre que existan”.

La cláusula establece para las modificaciones previstas y para las no previstas la necesaria aplicación de la Base de precios de ADIF y ADIF AV, vigente al momento de la publicación de la licitación y que dichos precios se aplicarán como máximo.

La literalidad de dicha cláusula contempla expresamente la aplicación del procedimiento legalmente previsto para la modificación y, en consecuencia, entre otros trámites, la necesaria audiencia al contratista.

La recurrente sostiene la ilegalidad de dicha cláusula, argumentando la nulidad del procedimiento, en particular, la falta de audiencia.

Pues bien, de la lectura de la citada cláusula no se puede inferir que el propósito de la misma sea la introducción y fijación de nuevos precios en un expediente de modificación del contrato de obras del sector público sin contradicción ni audiencia pública del contratista, ni mucho menos contraviniendo las previsiones de los artículos 109 y siguientes del RD-Ley 3/2020.

En ningún momento, la inclusión de una mención a la Base de Precios de ADIF y ADIF-AV como marco de referencia para ADIF-AV a la hora de fijar precios contradictorios, supone la ausencia del trámite de audiencia al contratista.

Nada de lo indicado en la citada cláusula, y mucho menos las citadas menciones a la Base de Precios, puede llevar a interpretar que, en el supuesto de tener que tramitarse un expediente de modificación los precios de las unidades nuevas sean fijados por la Entidad (Adif o Adif-Alta Velocidad) a la vista de la propuesta del Director Facultativo sin llevar a cabo el preceptivo trámite de audiencia al contratista.

Y es que además, examinado el contenido de la cláusula impugnada, este Tribunal considera que dicha cláusula tampoco resulta contraria a los artículos 109 y siguientes del RD-Ley 3/2020, a los cuales además expresamente se refiere, y ello 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, respetando en todo caso la tramitación de un expediente contradictorio- en el que se dé audiencia al contratista-.

A mayor abundamiento, dada la interpretación conjunta de las cláusulas del Pliego, es indispensable tener en cuenta los apartados 4.1 y 4.4 del Anexo de Condiciones Generales aplicable al expediente que nos ocupa.

El primero de ellos señala (el subrayado es nuestro):

“4.1 Causas de modificación de los contratos.

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo cuando así se haya previsto en el PCP, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo II del Título VI del RDL 3/2020, el Apartado 4.2 de esta Cláusula, o en los casos y con los límites establecido en el Apartado 4.3, justificando debidamente su necesidad en el expediente.

En cualesquiera otros supuestos de los indicados en el párrafo anterior, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, requiriendo para su ejecución una modificación el contrato que no fuera posible por no ajustarse la modificación requerida a lo dispuesto en el RDL 3/2020 y en el presente Anexo, deberá procederse a la resolución del contrato.

Las modificaciones del contrato serán adoptadas por ADIF-AV. La aprobación por la Entidad se realizará previa Audiencia al contratista, mediante la puesta de manifiesto de la modificación proyectada, concediéndole al efecto un plazo de tres días.

El acuerdo de ADIF-AV para la modificación del contrato requerirá de la previa tramitación del correspondiente expediente y del pronunciamiento expreso del órgano de contratación aprobando el expediente y, en su caso, el gasto adicional de la modificación correspondiente.

Únicamente cabrá la modificación del contrato cuando éste cuente con plazo de ejecución vigente.”

En cuanto a la cláusula 4.4 del Anexo, en ella se señala (el subrayado es también nuestro):

- Procedimiento de la modificación del Contrato.

“Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, los precios aplicables a las mismas serán fijados por ADIF-AV, previa audiencia del CONTRATISTA por plazo mínimo de tres días hábiles. Si ésta no aceptase los precios fijados, ADIF-AV podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato. A estos efectos, el contratista acepta que son unidades de obra cuyas características no difieren de las fijadas en el proyecto aquellas que puedan formarse en su totalidad con los precios descompuestos o costes elementales de otras unidades de obra del propio proyecto”.

Atendido todo lo anterior, la cláusula impugnada no elude ni incumple el procedimiento a seguir para la modificación del contrato conforme establecen los artículos 109 y siguientes del RD-Ley 3/2020; 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.

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 la reclamación interpuesta 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 ADIF para contratar las *“Obras de Ejecución del Proyecto Constructivo para la implantación de ancho estándar en el trayecto de Astigarraga e Irún. Infraestructura y Vía”*, expediente 3.21/20830.0061.

Segundo. 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 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.