



Recurso 1060/2021

Resolución nº 1128/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 9 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.M., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de obras *“Duplicación de la carretera N-350, acceso sur al puerto Bahía de Algeciras. Carreteras N-350, N-340, y A-7. Provincia de Cádiz”* (expediente nº 654211142000), aprobado mediante Resolución de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de Carreteras del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana convocó, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 1 de julio de 2021, y en el Boletín Oficial del Estado el 6 de julio de 2021, la licitación, mediante procedimiento abierto, de la *“Duplicación de la carretera N-350, acceso sur al puerto Bahía de Algeciras. Carreteras N-350, N-340, y A-7. Provincia de Cádiz”*, con valor estimado de 43.384.231,14 (IVA excluido).

Segundo. Con fecha de 9 de julio de 2021, la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación frente al anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato. En él solicita que se proceda a la declaración de nulidad, o subsidiariamente a anular, el apartado 23 del Cuadro de Características del PCAP y la cláusula 41 del PCAP en cuanto determina 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”.

Tercero. Con fecha de 19 de julio de 2021, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del mismo en el que se solicita la desestimación del recurso.

Cuarto. Con fecha de 22 de julio de 2021, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, ha acordado la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de obras de valor estimado superior a tres millones de euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP. A su vez, son objeto del recurso los pliegos del procedimiento de licitación, por lo que se trataría de actos susceptibles de impugnación conforme al apartado a) del artículo 44.2 de la LCSP.

Tercero. En lo que se refiere al plazo de interposición, cabe recordar lo establecido en la letra b), del apartado 1, del artículo 50 de la LCSP:

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

b) 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 el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya



indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta 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.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”.

En el presente procedimiento se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público un anuncio de licitación en el que los interesados podían consultar los pliegos el 1 de julio de 2021, por consiguiente, el recurso, cuya fecha de entrada en el Registro de este Tribunal es el 9 de julio de 2021, se ha presentado dentro de plazo.

Cuarto. La legitimación de las asociaciones en representación de un interés colectivo se contempla en el artículo 48 de la LCSP, el cual dispone en su párrafo segundo que: *“Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.*

La CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN está legitimada para interponer el presente recurso especial, al tratarse, según sus Estatutos, de una organización empresarial en el sector de la construcción que extiende sus actividades en todo el territorio nacional. Dado que el sector de la construcción puede considerarse ligado al objeto del presente contrato, que consiste en la ejecución de una obra, y que el recurso



se promueve por entender que la cláusula 41 del PCAP y el apartado 23 del Cuadro de Características son nulos, puede considerarse a la recurrente legitimada en defensa del interés colectivo, de sus asociados, que puede verse afectado por la decisión del recurso.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la entidad recurrente recoge los argumentos planteados en anteriores recursos especiales interpuestos y ya resueltos por este Tribunal, con cita profusa de diversas sentencias e informes de órganos consultivos, para señalar, en síntesis, lo siguiente:

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, conforme se establece en el apartado 23 del Cuadro de Características del PCAP y en la cláusula 41 del PCAP, vulnera lo previsto en los artículos 191 y 242.2 y 4 de la LCSP y lo establecido en 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.

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.

Cuando se introducen modificaciones con nuevos precios en un contrato de obra, resulta imprescindible recabar y obtener el acuerdo del contratista sobre dichas modificaciones y precios.

Así pues, 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, sin encontrarse limitada previamente por unos precios máximos. No puede limitarse a priori un máximo de dichos precios en el PCAP, ni fijar cuáles serán esos precios, en cuanto que no exista para la fijación de esos precios contradicción con audiencia previa al contratista en el expediente correspondiente.

Tal y como ha quedado configurada normativamente la modificación contractual, el trámite de audiencia se convierte en un trámite esencial, no sólo como garantía del contratista, sino también de la Administración, que goza de gran margen de apreciación en el ejercicio



de la potestad de modificación contractual. Dicho trámite esencial ha de seguirse, dándose trámite de audiencia al contratista, en fase de redacción y valoración para que así este valore la necesidad del modificado y forme posición respecto de él.

La cláusula y apartado recurridos, en cuanto obligan 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 la Dirección General de Carreteras”, son nulos, o subsidiariamente anulables, porque tanto la LCSP, como el RGLCAP, obligan a que exista contradicción en el expediente por el que se fijen los nuevos previos aplicables a un modificado de obras, a la previa audiencia del contratista en ese expediente contradictorio de modificación, siendo precisa además la conformidad del contratista a los nuevos precios como condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades modificadas.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación, en el informe emitido, reitera y completa los argumentos emitidos en sus informes previos a los recursos interpuestos por la misma asociación recurrente en otros expedientes y los amplía en el emitido para este recurso especial, señalando lo siguiente:

La Orden FOM/3317/2010, de 17 de diciembre, obliga a que, en los proyectos de obras redactados por la Dirección General de Carreteras, los precios unitarios de las unidades de obra no superen los recogidos en el Cuadro de Precios de Referencia de la citada Dirección General. Esa exigencia rige desde entonces para todos los nuevos proyectos (y, por ende, proyectos modificados) que redacte la Dirección General de Carreteras y se ha aplicado al redactar y aprobar el proyecto que sirve de base al contrato cuyo pliego impugna el recurrente.

Es incoherente el planteamiento del recurrente que, a la vez que no cuestiona los precios del proyecto licitado que se han fijado conforme a los criterios de la Orden FOM/3317/2010, recurre esos mismos criterios cuando la Administración trata de aplicarlos para confeccionar los precios de las unidades de obra nuevas que sea necesario incluir en una posible modificación del contrato de obras. Queda así clara la finalidad del recurso, que no es otra que permitir que los precios de las nuevas unidades de obra se confeccionen “a la medida de cada contratista y de cada contrato”; es decir, no de acuerdo a los precios



generales de mercado (que son los recogidos en la Base de Precios de Referencia y los exigidos por la actual legislación –arts. 100.2 y 102.3 LCSP-), sino de acuerdo con las necesidades económicas de cada contrato, como instrumento para recuperar la baja de licitación fijando precios nuevos fuera de mercado.

Las cláusulas del pliego impugnado en absoluto suprimen el trámite de audiencia que deba realizarse al modificar el contrato, ni impiden que, si se modifica el contrato, se apliquen los artículos 242.2 de la LCSP y 162 del RCAP. El efecto de las cláusulas impugnadas consiste en informar anticipadamente al contratista de que, si fuera necesario introducir precios nuevos para unidades de obra nuevas y estas coincidieran con las descritas en la Base de Precios de Referencia, la Administración contratante no va a aceptar por ellas un precio superior al de esa base de precios; entre otras razones, porque se lo impide la ya citada Orden de Eficiencia (Orden FOM/3317/2010, de 17 de diciembre).

Las citadas cláusulas no “obligan al contratista a aceptar” ningún precio: En primer lugar, porque el contratista es libre de licitar o no en las condiciones propuestas por la Administración (entre ellas el precio). En segundo lugar, porque, si se modificara el contrato, el contratista es libre de no ejecutar las unidades de obra nuevas por el precio que la Administración le propone.

Como hemos dicho, en absoluto suprimen el trámite de audiencia. Si se tramitara un expediente de modificación, el trámite de audiencia se realizará en todo caso, conforme a la ley y al pliego. En dicho trámite el contratista podrá, en todo caso, manifestar que discrepa del precio que le propone la Administración y que no acepta ejecutar esa nueva unidad de obra por dicho precio; con lo que, de acuerdo con la ley, queda liberado de ejecutar esa unidad de obra.

Estas cláusulas contribuyen a la transparencia en el procedimiento, puesto que facilitan al licitador una información más amplia sobre las condiciones del contrato, lo que permite formular su oferta en términos más realistas, valorando efectivamente el riesgo que desea asumir en función de los precios que la Administración podrá reconocer como máximos en un posible expediente de modificación. Igualmente, dichas cláusulas contribuyen a la “eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras”; no solo porque son coherentes con la citada Orden FOM/3317/2010 de eficiencia y con la propia LCSP, sino



porque evitan que la negociación de precios nuevos se convierta en el instrumento para renegociar el contrato por encima del precio de mercado.

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

La cuestión ha sido analizada en las resoluciones nº 797/2021, 817/2021, 932/2021, 984/2021 y 1019/2021 de este Tribunal, dictadas en recursos especiales planteados en similares términos, al que se resuelve en esta ocasión. Los criterios han de ser, pues, los mismos, si bien con los matices propios que se añaden en esta, a results de valorar las nuevas alegaciones realizadas en el recurso (fundamentalmente cita de sentencias e informes del Consejo de Estado) y en el informe remitido por el órgano de contratación.

Sentado lo anterior, debemos comenzar señalando, como se hacía en las resoluciones anteriormente citadas, que 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 aquel 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 esta 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.

El recurrente plantea que ello vulnera los requisitos formales, el procedimiento a seguir para la modificación del contrato.

Pues bien debemos comenzar recordando que las modificaciones contractuales exigen la tramitación del correspondiente expediente en el que se dé audiencia al contratista. Así lo establece el artículo 191.1 de la LCSP: *“En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo anterior (prerrogativas de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta), deberá darse audiencia al contratista”*.



En este sentido, el apartado 4 del artículo 242 de la LCSP señala que *“Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones:*

- a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.*
- b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.*
- c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos”.*

Hay que precisar que el apartado 4 i y ii, del artículo 242 de la LCSP, establece que *“no tendrán la consideración de modificaciones:*

- i. El exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.*
- ii. La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo”.*

El apartado 2 del artículo 242 de la LCSP señala que en las modificaciones del contrato de obras que supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, los precios aplicables a las mismas serán fijados contradictoriamente y con el acuerdo del contratista. Así:

“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”.

La necesidad de recabar y obtener el acuerdo del contratista sobre los nuevos precios cuando se introducen nuevas unidades en un contrato de obras se deduce de lo establecido en el artículo 30.1 f) de la LCSP que habilita a la Administración para ejecutar obras, ya sea empleando exclusivamente medios propios no personificados o con la colaboración de empresarios particulares, *“Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes”.*

Por su parte, el artículo 162.2 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, 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”.*

A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 85/18, cuyo fundamento jurídico noveno señala lo siguiente (el subrayado es nuestro):

“Tanto la LCSP como el RGLCAP detallan, de manera compatible, los trámites del procedimiento que obligatoriamente habrá de seguirse en este caso. El párrafo primero del artículo 242.4 LCSP indica que cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos legalmente establecidos, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones: a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma. b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días. c) Aprobación del



expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

El artículo 162.2 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.

Este precepto no es incompatible con el sentido del párrafo primero del apartado 4 del artículo 242 LCSP, que es la norma procedimental aplicable al caso, ni con lo dispuesto para cualquier modificación en los artículos 191 y 207 LCSP. De conformidad con las citadas normas, el Reglamento exige al Director de obra que presente la hoja de precios y que el contratista preste su asentimiento a los mismos para poder iniciar los trabajos y la Ley, por su parte, exige para cualquier modificación del proyecto que se autorice la tramitación de un expediente de modificación con audiencia del contratista (que versará, entre otras cosas, sobre la aceptación de los precios establecidos por la Administración) y que, tras redactar y aprobar la modificación del proyecto, se apruebe el expediente en su conjunto”.

Expuesto lo anterior, cabe recordar que el objeto de impugnación del presente recurso es el apartado 23.2 del Cuadro de Características y la cláusula 41 del PCAP, cuyo contenido es el siguiente:

Apartado 23.2 del Cuadro de Características

“23. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

23.1 Modificaciones previstas [artículo 204 LCSP] [...]

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.



□ Para fijar los nuevos precios no necesariamente se aplicará la Base de precios citada en la cláusula 41 de este pliego

Cláusula 41. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

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] [...]

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”.

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

Pues bien, de su lectura 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.

En ningún momento, la inclusión de una mención a la Base de Precios de la Dirección General de Carreteras como marco de referencia para el órgano de contratación 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 la citada mención 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 el órgano de contratación a la vista de la propuesta del Director Facultativo sin llevar a cabo el preceptivo trámite de audiencia al contratista.

Además, examinado el contenido de la cláusula impugnada, este Tribunal considera que dicha cláusula tampoco resulta contraria a los artículos 205 a 207 y 242 de la LCSP, a los cuales se refiere, y ello en la medida en que, resulta posible que el órgano de contratación determine de antemano y por remisión a una norma pública y de común conocimiento 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 el Cuadro de características del Contrato, cuyo apartado 23.2 aborda la cuestión, nuevamente con remisión a los preceptos legales que regulan la modificación del contrato y, entre ellos, al procedimiento.



Atendido todo lo anterior, la cláusula impugnada no elude ni incumple 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 y puede llegar hasta a no ser de aplicación. En efecto, la reiterada cláusula a lo que obliga es que cuando existan, los que figuren en la citada Base sean considerados como máximos, de forma que incluso cabe la posibilidad de que dichos precios no puedan ser de aplicación, cuando no coincida la unidad de obra nueva con la especificada en el cuadro de precios; en ese supuesto el precio del modificado no estará sometido a dichos precios máximos.

Así las cosas, la inclusión de la citada cláusula es conforme con el 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.

Partiendo de estas consideraciones, procede la desestimación del recurso especial que estamos examinando en la medida en que no se advierte ninguna irregularidad en la cláusula 41 del PCAP objeto de impugnación, ni en el apartado 23.2 del Cuadro de Características.

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.M.M., en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de obras “*Duplicación de la carretera N-350, acceso sur al puerto Bahía de Algeciras. Carreteras N-*



350, N-340, y A-7. Provincia de Cádiz" (expediente nº 654211142000), aprobado mediante Resolución de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

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 58.2 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.