



Recurso nº 806/2022 C.A. Principado de Asturias 46/2022

Resolución nº 900/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. J. F. F. , en representación de EDP CLIENTES, S.A.U., contra la modificación nº 1 del contrato de “*Suministro de energía eléctrica (2021-2022)*”, expediente CAA/2021/220, acordada por el Consorcio para el Abastecimiento de Aguas y Saneamiento en el Principado de Asturias; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Consorcio para el Abastecimiento de Aguas y Saneamiento en el Principado de Asturias, mediante Resolución de la Presidencia de 22 de julio de 2021, adjudicó a la empresa EDP CLIENTES, S.A.U., el “*Contrato puente de suministro de energía eléctrica (2021-2022)*”, expediente CAA/2021/220, con una duración de 12 meses y una posible prórroga de seis meses y otra extraordinaria de nueve meses más, por un precio de 6.229.317,96 euros (IVA excluido).

Dicho contrato fue formalizado con fecha 17 de agosto de 2021, estableciéndose como fecha de inicio efectivo del mismo el 1 de septiembre de 2021.

Segundo. La ejecución del contrato referenciado se desarrolla de conformidad con lo establecido en los documentos contractuales y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y su normativa de desarrollo en todo aquello que no se oponga a la LCSP, en particular por el 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), y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007.

Tercero. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), en el apartado 20 de la cláusula primera relativa a las “*Características del contrato*”, prescribe lo siguiente:

“20.- Modificaciones previstas del contrato: Sí, en caso de nuevas encomiendas o retirada de instalaciones de saneamiento por parte del Principado de Asturias”.

Añadiendo en la cláusula 27 que:

“El órgano de contratación podrá acordar, una vez perfeccionado el contrato y por razones de interés público, modificaciones en el mismo en los casos y en la forma previstos en la Subsección 4ª, Sección 3ª, Capítulo I, Título I del Libro Segundo y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191 de la LCSP, justificándolo debidamente en el expediente.

Cuando la determinación del precio del contrato se haya realizado con precios unitarios, y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente de contratación, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, sin que sea preciso tramitar expediente de modificación.

En el apartado 20 de la cláusula 1 se especifican, en su caso, las condiciones, el alcance, los límites y el procedimiento de las modificaciones previstas.

Las modificaciones no previstas en el apartado 20 de la cláusula 1 sólo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 205 de la LCSP. Estas modificaciones no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias.



Las modificaciones del contrato que se produzcan durante su ejecución se publicarán en el Portal de la Contratación Pública -Perfil de contratante, y deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la LCSP”.

El Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante, PPTP) dispone en su apartado 7 en relación con la modificación del número de puntos de suministro lo siguiente:

“Dado que el número de puntos de suministro a los que se debe abastecer electricidad podría variar tanto por disminución del mismo, como por aumento, el adjudicatario asume y acepta expresamente que las condiciones dispuestas en el presente pliego pudieran modificarse durante el periodo de vigencia del contrato.

En este sentido, y en caso de que el número de instalaciones gestionadas por el Consorcio de Aguas de Asturias aumentara durante el contrato, el adjudicatario estará obligado a dar suministro a las nuevas instalaciones (proceda de un alta nueva o de un cambio de titular) en condiciones análogas a las ya existentes en el momento de la adjudicación. En tal situación, la aplicación de los precios de la energía se determinará por la tarifa que le corresponda, en virtud de las características eléctricas del suministro (potencia contratada, periodos y nivel de tensión).

Cuando el suministro a incorporar al contrato proceda de un cambio de titular, el Consorcio no tendrá la obligación de subrogarse en los términos del contrato del titular original, siendo el adjudicatario quien asuma las gestiones que se deriven como consecuencia de desligar un suministro de un contrato de otro comercializador u organismo autorizado para evitar la repercusión al Consorcio de obligaciones correspondientes al titular saliente. El plazo máximo para la realización del cambio se establece en 30 días.

Serán repercutidos al Consorcio únicamente los costes regulados por los derechos de acometida (extensión y acceso) y enganche que se pudieran generar con nuevas altas de suministro o cambios de potencia. En caso de que la



distribuidora exigiera algún importe en concepto de depósito de garantía, este será asumido íntegramente por el adjudicatario.

Aunque resulta difícil de prever, ya que las instalaciones de saneamiento son encomendadas al Consorcio por el Gobierno del Principado de Asturias, se estiman como de probable incorporación durante la vigencia del contrato, las instalaciones que se listan a continuación, exclusivamente a título orientativo y ello con independencia de que otros suministros, actualmente no conocidos, pudieran añadirse:

Sistema	Instalación
<i>SPS del Nora y el Noreña</i>	<i>EBAR Castiello Aliviadero Río Seco EBAR Vigil Aliviadero Rinora Aliviadero Pingón Aliviadero Los Corros Aliviadero Quintana</i>
<i>SPS de Villaviciosa</i>	<i>EBAR Carbayu EBAR Salín</i>
<i>SPS de Santa Marina</i>	<i>EDAR Santa Marina</i>
<i>SPS de Castañeras</i>	<i>EDAR Castañera</i>
<i>SPS Castropol</i>	<i>EBAR Peñarronda</i>
<i>SPS Morcín</i>	
<i>SPS de Riosa</i>	<i>EBAR Riosa</i>
<i>SPS de Salas</i>	<i>Aliviadero de Salas</i>
<i>SPS del Sella, Güeña y Piloña</i>	<i>EBAR Piloña</i>
<i>SPS de la ría de Avilés y su entorno</i>	<i>Aliviadero Los Balagares</i>
<i>SPS de Candamo</i>	<i>Aliviadero de Peñaflor</i>

En el caso de que el número de instalaciones a suministrar electricidad se viera reducido, con independencia de la causa que lo provocase (bajas, cambios de titular, etc.), el adjudicatario acepta expresamente que el Consorcio de Aguas de Asturias abone las cantidades que quedasen pendientes, dejando de prestarse el servicio en el menor tiempo posible, sin que la empresa adjudicataria tuviera por esta causa derecho a indemnización alguna y sin que pueda dejar de prestar el servicio al resto de las instalaciones.



En los casos de bajas por cambio de titular, siempre que sea posible y, previa justificación, acuerdo y autorización entre partes (CAA y empresa/ente que absorbe la nueva titularidad de la instalación), el Consorcio podrá proponer el cambio del mismo retrotrayéndolo a una fecha anterior (hasta un máximo de 1 año). De haberse satisfecho pagos por el Consorcio dentro de ese margen de tiempo, la Comercializadora queda obligada a efectuar la devolución de los mismos, procediendo a facturarlos de nuevo a la empresa/ente que se haga cargo de la/s instalación/es”.

Cuarto. Constan en el expediente administrativo los siguientes datos fácticos de interés:

Con fecha 22 de abril de 2022, el responsable del contrato referenciado emite informe en el que se indica cuanto sigue:

“(…) Según lo expuesto, procede incluir ambos suministros eléctricos en el contrato marco suscrito con EDP Clientes S.A.U., para lo cual se propone:

- 1. Se autoricen los cambios de titularidad de los suministros eléctricos (actualmente con SME Aguas de las Cuencas de España S.A., CIF A50736784) de las instalaciones denominadas EDAR de Villapérez (CUPS ES0026000000812249QC0F) y EDAR de San Claudio (CUPS ES0026000000812247QH0F).*
- 2. Se incorporen ambos suministros al contrato firmado el 17 de agosto del 2021 con EDP Clientes S.A.U.*
- 3. Fijar con efectos de las 00:00h del día 1 de junio del 2022, los cambios de titularidad de ambas instalaciones, siendo esta la frontera para la liquidación de los importes de energía a cargo del actual titular, fecha a partir de la cual el Consorcio de Aguas de Asturias deberá hacerse cargo de todos los desembolsos económicos que se generen en las instalaciones por dicho concepto.*
- 4. Se autorice un incremento adicional estimado de un 7,9% sobre el coste inicial calculado de contrato, y que se corresponde con el importe que supondrá*



incluir las dos instalaciones en la fecha indicada (1 de junio de 20202) para los 3 meses (junio, julio y agosto) que restan hasta el fin de contrato establecido para el 31 de agosto del 2022.”

Con fecha 3 de mayo de 2022, de acuerdo con lo previsto en el artículo 191 de la LCSP, se comunica a la empresa contratista el inicio del procedimiento para la modificación del contrato a consecuencia de la incorporación de las nuevas instalaciones, acompañándose copia del informe transcrito de 22 de abril de 2022 y otorgándole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Con fecha 11 de mayo de 2022, la contratista presenta un escrito en el que manifiesta su disconformidad con la pretendida modificación.

Con fecha 27 de mayo de 2022, se emite nuevo informe por el responsable del contrato en el que se propone la modificación del contrato únicamente en lo que respecta a la EDAR de Villapérez, en los términos siguientes:

- “1. Se autorice el cambio de titularidad del suministro eléctrico (actualmente con SME Aguas de las Cuencas de España S.A., CIF A50736784) de la EDAR de Villapérez (CUPS ES0026000000812249QC0F) en favor del Consorcio de Aguas de Asturias.*
- 2. Se incorpore el suministro al contrato firmado el 17 de agosto del 2021 con EDP Clientes S.A.U.*
- 3. Fijar con efectos de las 00:00h del día 1 de junio del 2022, el cambio de titularidad del suministro, siendo esta la frontera para la liquidación de los importes de energía a cargo del actual titular, fecha a partir de la cual el Consorcio de Aguas de Asturias deberá hacerse cargo de todos los desembolsos económicos que se genere la instalación por dicho concepto.*
- 4. Se autorice un incremento adicional estimado de un 5,3% sobre el coste de adjudicación de contrato, y que se corresponde con el importe que supondrá incluir la EDAR de Villapérez en la fecha indicada (1 de junio de 20202) para los 3*



meses (junio, julio y agosto) que restan hasta el fin de contrato establecido para el 31 de agosto del 2022”.

En esa misma fecha y en fecha 29 de mayo de 2022, se emiten informes favorables a la modificación propuesta respectivamente por los Servicios Jurídicos y de Intervención de la entidad contratante.

Quinto. Con fecha 30 de mayo de 2022, la Presidencia del Consorcio para el Abastecimiento de Aguas y Saneamiento en el Principado de Asturias resuelve:

“Primero. - Autorizar el cambio de titularidad del contrato de suministro eléctrico de la instalación EDAR de Villapérez (CUPS ES0026000000812249QC0F), actualmente a nombre de SME Aguas de las Cuencas de España S.A., (CIF A50736784), en favor del Consorcio de Aguas de Asturias.

Segundo. - Aprobar, con efectos de las 00:00 horas del día 1 de junio de 2022, o en su defecto, el ciclo de facturación correspondiente, la MODIFICACIÓN Nº: 01, del “CONTRATO PUENTE DE SUMINISTRO ENERGÍA ELÉCTRICA (2021-22)”, suscrito con EDP CLIENTES S.A.U. (CIF. A74472911), con fecha 17 de agosto de 2021, por un importe estimado de TRESCIENTOS TREINTA MIL CIENTO CINCUENTA Y TRES EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (330.153,85 €) más SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS CON TREINTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO en concepto de I.V.A. (69.332,31 €) incorporando a su objeto el suministro de las instalaciones con las características especificadas en la siguiente tabla:



Nº	CUPS	Nombre Instalación	Dirección	Tarifa	P. C.(kW)
1	ES0026000000812249QC0F	EDAR VILLAPÉREZ	Crta. de s/n, 33194 Villapérez, Asturias	6.1 TD	P1=P2=P3=P4=P5 1.615 P6=2.200

Tercero. - Autorizar y disponer un gasto por importe de 399.486,16 € con cargo al saldo de crédito del concepto 221.00 del programa presupuestario 1620 del presupuesto de la Entidad aprobado para el ejercicio de 2022, por la Junta de Gobierno del Consorcio, mediante acuerdo adoptado en sesión celebrada el 8 de noviembre de 2021.

Cuarto.- Requerir a EDP CLIENTES S.A.U., para que en el plazo de 15 días hábiles, a contar a partir del siguiente al de la recepción de la notificación de la presente resolución, constituya garantía complementaria a favor del Consorcio de Aguas de Asturias, por importe de 16.507,69 €, equivalente al 5% del importe estimado de la modificación del presente contrato sin considerar el I.V.A., por cualquiera de los medios previstos en el artículo 108 de la Ley 9/2017, de 08 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Quinto. - Requerir a EDP CLIENTES S.A.U. para que conforme a lo previsto en el artículo 203.3 de la LCSP proceda a la formalización en documento administrativo de la presente modificación.

Sexto. - Delegar en la Gerencia del Consorcio de Aguas de Asturias la facultad para representar a la entidad en la firma de la formalización del modificado del contrato.



Séptimo. - Dar traslado de la presente resolución, a los interesados y a los Servicios Administrativos de la Entidad y proceder a su publicación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 207.3 de la LCSP.

Octavo.- Contra la presente resolución, que agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano que la dictó en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de la notificación, o interponer directamente recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso, dentro del plazo de dos meses contados a partir del siguiente al del recibo de esta notificación, todo ello sin perjuicio de que pueda interponer, en su caso, cualquier otro que estime procedente”.

La modificación no afecta a la duración del contrato con fecha de finalización establecida para el 31 de agosto de 2022.

De conformidad con el artículo 207.3 de la LCSP, en fecha 3 de junio de 2022, este acuerdo de modificación es objeto de publicación en el perfil de contratante, acompañado de las alegaciones del contratista y de los informes emitidos.

Sexto. En fecha 21 de junio de 2022, la empresa EDP CLIENTES, S.A.U., presenta en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la Resolución, de fecha 30 de mayo de 2022, por la que se acuerda la modificación número 1 del contrato de referencia, instando su nulidad radical o absoluta con base en los artículos 47.1 a) y e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), en relación con el artículo 39 de la LCSP, o subsidiariamente, su anulabilidad con base en el artículo 48.1 de la LPAC en relación con el artículo 40 de la LCSP. Se insta también la devolución de la garantía complementaria depositada por cuantía de 16.507,69 euros.

Además, se solicita que se adopte la medida cautelar de suspensión de la Resolución recurrida, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

Séptimo. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, se



recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel, de fecha 23 de junio de 2022, en el que se interesa la inadmisión del recurso presentado por haberse interpuesto contra una actuación no susceptible de impugnación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 c) de la LCSP.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 29 de junio de 2022 acordando la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación de este recurso se ha regido por lo prescrito en la LCSP y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba 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. Este Tribunal es competente para el conocimiento y resolución de este recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 8 de octubre de 2021 (BOE de fecha 29/10/2021).

Tercero. Constituye el objeto del presente recurso una actuación de poder adjudicador susceptible de recurso especial por estar incluida en el apartado d) del artículo 44.2 de la LCSP según el que podrán ser objeto de este recurso especial:

“Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación”.



Y referida a un procedimiento de contratación para un suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, tratándose en consecuencia de un acto impugnabile de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1 a) de la LCSP.

Debe precisarse además que esta impugnación tiene un objeto muy delimitado en la LCSP en cuanto aquella no cabe frente a todo acuerdo de modificación contractual, siendo necesario también que aquélla esté basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de dicho cuerpo legal, por entenderse que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

Cuarto. Delimitado el objeto de la presente impugnación, corresponde el examen de la legitimación activa de la entidad recurrente para la interposición del recurso en su condición de titular de intereses legítimos, concretos y no meramente hipotéticos, con arreglo a lo establecido en el párrafo primero del artículo 48 de la LCSP.

De conformidad con lo establecido en este precepto legal:

“Podrá interponer el recurso 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.”

Cabe traer a colación nuestra Resolución nº 1530/2021, de 5 de noviembre, relativa al Recurso nº 1328/2021 en el que –como en éste– también se enjuiciaba una decisión de modificación contractual y en la que se afirma que:

“La razón de ser de esta ampliación del ámbito objetivo del recurso especial o reclamación (según el caso) en materia de contratación es, esencialmente, tratar de impedir que vulneraciones del principio de concurrencia a través del encargo directo de prestaciones por parte de la entidad contratante a un contratista bajo el abrigo de una modificación contractual, sean examinadas por los tribunales de contratación, de manera que estos, puedan analizar si estamos ante un acto legítimo de ejecución del contrato formalizado, o ante un procedimiento de adjudicación “encubierto” con omisión de los principios de publicidad y

conurrencia, recalificando entonces la modificación a decisión de adjudicación susceptible de recurso.

Así, si -y solo sí- el acuerdo modificadorio encubre una situación que debería haber dado lugar a un nuevo procedimiento para la selección del adjudicatario, el recurso o reclamación habría de admitirse (e igualmente estimarse), al apreciarse la existencia de un acto ilegal de adjudicación (encubierto bajo la forma de modificación contractual) por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

En definitiva, el cauce impugnatorio previsto constituye una vía que permite la protección de los principios de publicidad y concurrencia en las licitaciones y, en última instancia, de los intereses de los empresarios que pudieran estar interesados en la eventual “nueva adjudicación”, o nuevo procedimiento de licitación que habría de tramitarse, evitando el trato “de favor” hacia la empresa contratista, a quien se estaría adjudicando directamente, por la vía de una modificación contractual indebidamente articulada, un contrato sin sujetarse a los principios aludidos.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto examinado, se da la circunstancia de que en el presente caso quien presenta la reclamación no es uno de los empresarios “afectados” por la decisión de modificar el contrato en lugar de acudir a una nueva licitación, con la consiguiente exclusión de toda posibilidad de que estos pudieran ser adjudicatarios de ese nuevo contrato, sino que es el propio contratista “actual” quien ha accionado por vía de la reclamación en materia de contratación contra la modificación acordada.

Ítem más, en la reclamación no se plantea en ningún momento la ilegalidad de la modificación por el hecho de encubrir una nueva adjudicación. Antes al contrario, a lo largo de la reclamación se insiste en afirmar, aclarando específicamente este extremo en diferentes ocasiones, que no se plantea por la recurrente que la modificación esté encubriendo una nueva adjudicación (“el contratista no plantea en este recurso especial que la modificación deba ser objeto de una nueva



adjudicación”, se afirma expresamente; como por lo demás se llega a reconocer expresamente que se está en el supuesto previsto en el artículo 107 del TRLCSP , afirmando a la vez que no se está en ninguno de los tres supuestos “en que se exige adjudicar el modificado a un tercero”).

Por lo demás, las cuestiones que se plantean, alrededor de la supuesta irregularidad de la modificación acordada, se refieren fundamentalmente a cuestiones de carácter técnico y económico, a problemas imputables al defectuoso proyecto inicial o surgidos durante la ejecución del contrato que, a juicio de la recurrente, han determinado que se hayan tenido que asumir una serie de sobrecostos (especialmente, los mayores costes indirectos y gastos generales derivados de las ampliaciones del plazo de ejecución del contrato asociadas a los dos modificados acordados), o a la procedencia de la resolución contractual (precisamente instada por la recurrente).

En tal sentido, es claro a nuestro juicio que no puede afirmarse que nos encontremos ante un acto susceptible de impugnación a través de la vía especial de la reclamación en materia de contratación, puesto que, como se ha señalado, únicamente aquellas modificaciones en que se entienda que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, y ello constituya el núcleo de la pretensión impugnatoria, son susceptibles de reclamación en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119.2 d) del RDLSE”.

En este supuesto, la recurrente también es la licitadora adjudicataria del contrato modificado, pero a diferencia del caso examinado en el Recurso nº 1328/2021, aquí de la lectura de varios pasajes de su escrito de recurso, resulta que a través de esta pretensión impugnatoria se denuncia explícitamente que el acto recurrido debió ser objeto de una nueva adjudicación, razón por la que en este caso sí se aprecia legitimación activa de la recurrente como afectada por la decisión de “*ius variandi*” adoptada.

Así, se denuncia en esta impugnación que en el modificado recurrido “(...) *el importe estimado de la modificación equivale a un 21,20% del precio del contrato y supera el límite máximo del 10% establecido a efectos de modificaciones en la cláusula 27 del*



PCAP y el límite máximo del 20% del precio del contrato establecido en el artículo 204.1 LCSP” y que se pretende también “imponer una modificación que altera la naturaleza global del contrato, aun cuando ello está expresamente proscrito por el artículo 204.2 LCSP”, y de esta manera se concluye que: “(...) pareciera que la modificación del contrato que realiza la Resolución está ocultando en realidad un acto de adjudicación (...) y que el hecho de que esa modificación no traiga causa de ninguna situación imprevisible, sobrevenida o excepcional supone vulnerar frontalmente los principios de publicidad y concurrencia competitiva”.

En definitiva, en este caso el contratista, al verse obligado a una ejecución ampliada de prestaciones no deseada o no rentable, cuestiona esta obligación por entender que no se ajusta a los términos de las modificaciones exigidos en la LCSP y en los pliegos rectores.

Quinto. Corresponde el examen del cumplimiento de las prescripciones que en relación con el plazo, forma y lugar de interposición de este recurso se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP y 17 a 21 del RPERMC.

Por lo que respecta a la interposición del recurso en plazo, resulta del expediente de contratación que el acto objeto de esta impugnación con fecha 31 de mayo de 2022 fue notificado por medios electrónicos a la recurrente y con fecha 3 de junio de 2022 fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), habiendo sido interpuesto el recurso especial en materia de contratación el 21 de junio de 2022 y, por tanto, dentro del plazo de 15 días hábiles, contado a partir del día siguiente a aquel en que aquel haya sido objeto de publicación en el perfil de contratante, de conformidad con lo establecido en el artículo 50.1 e) de la LCSP, según el que:

“Artículo 50.1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

e) Cuando el recurso se interponga en relación con alguna modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación,



desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante”.

Sexto. Tras el análisis de los requisitos de admisión del recurso, corresponde el examen de la cuestión de fondo planteada.

El recurso se articula con base en los siguientes motivos de impugnación:

- Infracción del procedimiento establecido en el artículo 191 de la LCSP, al que se remite el artículo 203 del mismo cuerpo legal; en especial, porque no ha sido solicitado dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.
- Infracción de los artículos 203 y 204 de la LCSP y de la cláusula 27 del PCAP, en la medida en que estipulan que el contrato sólo puede ser modificado por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente y con respeto al límite máximo del 20% del precio inicial del contrato del artículo 204 de la LCSP y del 10% establecido a efectos de modificaciones en los pliegos rectores. En esta línea argumentativa, se añade que la modificación altera la naturaleza global del contrato.

Sobre el incumplimiento del límite máximo de la modificación, se denuncia que el porcentaje del 5,3% del precio del contrato se ha calculado de forma errónea ya que la Administración ha tenido en cuenta el precio anual del contrato (6.229.317,96 €) y lo ha comparado con el importe estimado de la modificación para un trimestre (330.153,85 €), debiendo en cambio haber utilizado magnitudes o periodos temporales homogéneos. En esta línea argumentativa, se recogen con detalle en el escrito de recurso cálculos conforme a los que el porcentaje de la modificación cuestionada ascendería al 21,20% o al 20,88% si se toma en consideración la tabla incluida en la resolución recurrida con el coste estimado anual (1.300.899,77 €) y mensual (108.408,31 €), del consumo procedente de la EDAR de Villapérez (página 3), en atención al consumo real de esa instalación en el año 2021.

En relación con la aludida alteración de la naturaleza global del contrato, se sostiene que en comparación con la EDAR Maqua con un consumo anual de 6.679.404 kW/h, el nuevo punto de suministro para la EDAR de Villapérez, con un consumo anual de 11.475.975



kW/h, supera ese consumo en un 58%, adicionándose que, si se compara el consumo anual de todos los puntos de suministro bajo el contrato, de 41.506.479 kW/h, con el consumo anual de la EDAR de Villapérez, ese porcentaje asciende al 27,65%.

- Infracción del artículo 35 de la LPAC por indebida motivación del acto recurrido, en cuanto que el mismo no explicita el criterio utilizado en el cálculo del porcentaje (5,3%) correspondiente a la modificación respecto del precio inicial del contrato ni las razones de interés público que justifican la modificación, con expresión errónea de los recursos que proceden frente a aquel.

Como documental para acreditación de estas alegaciones, se acompaña al escrito de recurso, un informe al objeto de su consideración como dictamen pericial, de fecha 17 de junio de 2022, emitido por un Ingeniero Superior de Minas.

Ahora bien, al no reunir los requisitos establecidos en el artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dicho informe no puede ser considerado como medio de prueba pericial, lo que no quita para que haya sido tenido en cuenta por este Tribunal, al igual que el resto de documentación obrante en el presente procedimiento de recurso especial.

De contrario, el órgano de contratación, en el informe emitido en cumplimiento del artículo 56.2 de la LCSP, sostiene la inadmisión del recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 c) del mismo cuerpo legal, argumentando en los términos siguientes:

“(...) estamos ante una modificación prevista en el contrato y que cumple todos y cada uno de los parámetros establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público y en los pliegos que rigen el contrato; a saber, que el montante económico no sobrepasa el 20 % del precio del contrato, no ha supuesto el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato y no ha alterado la naturaleza global del contrato inicial, por lo que se está interponiendo contra una actuación que no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Así es que, de acuerdo con el informe jurídico emitido por la que suscribe el presente informe, de fecha 27 de mayo de 2022, ya se hace constar que el propio



Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares recoge, en la cláusula 1 apartado 20, que se podía proceder a la modificación “en caso de nuevas encomiendas o retirada de instalaciones de saneamiento por parte del Principado de Asturias”.

Y la modificación aprobada trae causa precisamente en esa circunstancia, pues el Principado de Asturias, en base al acuerdo de encomienda de gestión publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias nº 9 de 14 de enero de 2022, trasladó la gestión de la instalación de saneamiento “Edar de Villapérez” al Consorcio de Aguas de Asturias con fecha de efectos del 1 de junio de este año, lo que derivó en la necesidad de incluir dicha instalación en el contrato que tiene vigente esta entidad con EDP CLIENTES, S.A., para el suministro de energía eléctrica de todas las instalaciones del Consorcio, y que finalizaría el próximo 31 de agosto de 2022, por lo que supone incluir la instalación para los meses de junio, julio y agosto, representando un coste total estimado de 330.153,85 €, lo cual representa un 5,3 % del precio inicial del contrato sin I.V.A que asciende a la cantidad de 6.229.317,96 €.

Por otro lado, es obvio que la modificación llevada a cabo en nada altera la naturaleza global del contrato como pretende hacer ver la contratista en su escrito de recurso. En este sentido, el artículo 204.2 de la LCSP establece que se entenderá que se altera este si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual. Y en este caso, lo que se ha llevado cabo es la incorporación al ámbito del contrato de un nuevo punto de suministro energético por lo que no ha habido sustitución ni incorporación a su objeto de un suministro de otras características”.

Séptimo. Centrados los términos de la controversia, cabe recordar que la modificación del contrato, tanto en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (artículo 72) como en la LCSP (artículos 203 a 205), se refiere al cambio del objeto del mismo, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, no al precio.

El artículo 203.1 de la LCSP así lo establece al señalar que:

“Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.”

El régimen jurídico establecido en la vigente LCSP sobre esta prerrogativa de la Administración exige distinguir entre *“modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación”* (modificación convencional) y *“modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación”* (modificación legal), por lo que, previéndose en el pliego de cláusulas particulares rector del contrato la modificación convencional, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 204 de la LCSP.

En este caso, la modificación cuestionada encuentra fundamento jurídico en este precepto legal, lo que –a juicio de este Tribunal– resulta correcto en atención a las estipulaciones contenidas en el apartado 20 de la cláusula primera y en la cláusula 27 del PCAP en relación con el apartado 7 del PPTP.

Y debe partirse del carácter de los pliegos, no siendo nulos de pleno derecho, de ley del contrato tanto para los poderes adjudicadores como para la empresa contratista, ya que la presentación de la proposición *“supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*, con arreglo al artículo 139.1 de la LCSP.

Debe por ello puntualizarse también, con carácter previo, que no se trata del supuesto contemplado en el párrafo segundo de la cláusula 27 del PCAP, que se invoca erróneamente por la recurrente para sostener la superación del límite máximo del 10% del precio del contrato, ya que lo que los pliegos prevén en esta determinación constituye una excepción a la obligada tramitación de un procedimiento de modificación del contrato, no pudiendo hablarse en sentido propio de *“modificación contractual”*. Por tanto, este porcentaje del 10% no resulta de aplicación al modificado que constituye el objeto de esta



impugnación cuyo núcleo consiste en la protección de los principios de publicidad y concurrencia en las licitaciones públicas.

Octavo. Por lo que respecta a las infracciones de procedimiento denunciadas en relación con la modificación convencional acordada, las mismas deben descartarse con base en las razones que seguidamente se exponen.

Con arreglo al artículo 191 de la LCSP:

“1. 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.

(...)

3. No obstante lo anterior, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación:

b) Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

(...)

4. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”.

Tales prescripciones deben completarse con lo establecido en el artículo 207 de la LCSP, que añade que:

“1. En el caso previsto en el artículo 204 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

(...)

3. Los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato que esté sujeto a regulación armonizada, a excepción de los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el anexo IV, en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 205 deberán publicar en el «Diario Oficial de la Unión Europea» el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta Ley.

Asimismo los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si este está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación”.

Según se desprende del expediente administrativo, en este caso se aprecia que en el procedimiento instruido para la adopción del acuerdo de modificación se han observado los trámites requeridos, particularmente el de audiencia al contratista, la emisión con carácter previo de informes por los servicios jurídicos y de intervención, así como la publicación de la modificación y su justificación en los términos prescritos por el artículo 207.3 de la LCSP.

Por lo que se refiere –en especial– a la omisión denunciada por la recurrente del dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma previsto en el artículo 191.3 b) de la LCSP, el mismo no resulta de aplicación en este caso en el que se trata de una modificación del contrato prevista en el PCAP.

Noveno. En cuanto al cumplimiento o no en la modificación contractual cuestionada de lo dispuesto en el artículo 204 de la LCSP y en los pliegos rectores de esta licitación, debe



indicarse que este precepto legal determina los límites que han de respetar las modificaciones previstas en los pliegos.

El primero de estos límites consiste en que la repercusión de la modificación del contrato en el precio inicial no exceda del veinte por ciento.

Igualmente es necesario que la cláusula de modificación resulte formulada de forma clara, precisa e inequívoca, precisando con el detalle suficiente los siguientes aspectos:

- Su alcance, límites y naturaleza.
- Las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva;
- El procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación.
- Que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.
- Que la formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento –por parte de los primeros– de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

En tercer lugar, cabe considerar la proscripción de las modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial como un límite infranqueable para la entidad contratante.

Tratándose de una modificación prevista en los pliegos, deben rechazarse, por razones de seguridad jurídica, aquellas alegaciones que cuestionan las estipulaciones de los pliegos relativas a la modificación del contrato, que la aquí recurrente consintió y que devienen, por ello, inatacables al tratarse de unos pliegos consentidos y firmes en esta vía de impugnación indirecta contra un acto de ejecución.

En atención a la razón de ser de esta vía de impugnación, en esencia, consistente en tratar de impedir vulneraciones de los principios de concurrencia y de igualdad de trato

que deben presidir la contratación pública en las fases de licitación y de ejecución de los contratos, al hecho de que nos encontramos ante una modificación convencional prevista en los pliegos (no legal) y a la circunstancia misma de que este recurso se plantea por la propia contratista, se aprecia que no concurren en el acto administrativo analizado las infracciones materiales o de fondo que del mismo se denuncian por las razones siguientes:

- La modificación operada consistente en añadir al contrato el suministro de energía para una nueva instalación encomendada a la entidad contratante, a consecuencia de un cambio de titular de la misma, resulta justificada por razones de interés público y conforme a los pliegos que rigen el contrato.
- El importe estimado de esa modificación de 330.153,85 euros asciende a un 5,3% del precio inicial del contrato (6.229.317,96 euros), respetando en consecuencia el límite del 20% del precio inicial del contrato IVA excluido previsto para estas modificaciones en la LCSP y en los pliegos que rigen el contrato. Dicha modificación no altera la duración inicial de un año del contrato, imponiéndose para los últimos tres meses que restan de duración hasta el 31 de agosto de 2022. Tampoco supone el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.
- La modificación no es sustancial como se plantea por la recurrente porque el suministro que se ejecuta continúa siendo el inicialmente previsto, de modo que las prestaciones del contrato inicialmente celebrado se mantienen sin alteración esencial y porque tampoco cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial. Ni en último término se introducen condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Téngase en cuenta que, en este caso, tras la declaración de desierto de un procedimiento abierto con tramitación ordinaria, se tramitó un procedimiento negociado sin publicidad en el que la recurrente fue la única licitadora que presentó oferta. Sobre el concepto de “*alteración esencial*” o “*modificación sustancial*”, el TJUE en Sentencia de 19 de junio de 2008, C-454/06, apartado 34 ha mantenido que:



«[con] objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato».

En definitiva, se está ante una modificación convencional y que resulta ajustada a las prescripciones establecidas en el artículo 204 de la LCSP y en los propios pliegos.

Décimo. Por último, por lo que se refiere a la invocada falta o defectuosa motivación en la modificación contractual acordada, debe recordarse que la misma puede constituir motivo de anulabilidad del acto, siempre que:

“(...) haya dado lugar a la indefensión del interesado - artículo 63.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -, (hoy artículo 48.2 de la LPAC) entendiéndose por tal la situación en que queda cuando se ve imposibilitado de obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa por no haber podido conocer la ratio decidendi de la decisión administrativa”. (STS de 18 de julio de 2012, REC 6444/2011)

Respecto de la motivación cabe recordar el deber de la Administración de motivar sus actos, que como señala entre otras, la STS de 19 de noviembre de 2001, tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad que establece el artículo 103 CE, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración reconocido en el artículo 106 CE, siendo en el plano legal, el artículo 35 de la LPAC, el precepto que concreta con amplitud los actos que han de ser motivados, con suscita referencia a los hechos y fundamentos de derecho.

La exigencia de la motivación de los actos administrativos responde, según reiterada doctrina jurisprudencial, véase la STS 16 de julio de 2001, a la finalidad de que el interesado pueda conocer cuándo, cómo y por qué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para la defensa de sus derechos e intereses,



permitiendo también, a su vez, a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa; de tal modo que la falta de esa motivación o su insuficiencia notoria, en la medida que impiden impugnar ese acto con seria posibilidad de criticar las bases y criterios en que se funda, integran un vicio de anulabilidad, en cuanto dejan al interesado en situación de indefensión.

Motivación de los actos administrativos, que como señala la STS de 29 de marzo de 2012, no exige ningún razonamiento exhaustivo y pormenorizado, debiendo expresar las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundadores de la decisión *“facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa”*.

A la vista del acto recurrido, y aun siendo cierto que, tal y como se alega por la recurrente, el mismo resulta erróneo en la expresión de los recursos que proceden contra el mismo con infracción de lo establecido en el artículo 40.2 de la LPAC, consideramos que el mismo se ajusta a la exigencia de *“motivación”* desarrollada por la doctrina constitucional, por cuanto la resolución cuestionada expresa las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión administrativa adoptada con respecto a la modificación del contrato en cuestión, de modo que han podido ser combatidos en el recurso, dándose por ello cumplimiento en este caso a las exigencias de motivación y satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto la recurrente ha ejercitado el recurso administrativo procedente y ha podido conocer los motivos concretos de la decisión censurada.

Las razones expuestas conducen a la desestimación íntegra del presente recurso en cuanto nos encontramos ante un acto legítimo de ejecución de un contrato público, sin que se haya justificado adecuadamente que debería haber precisado de un nuevo procedimiento para la selección de adjudicatario, con cumplimiento en este supuesto de las condiciones legales del artículo 204 de la LCSP.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F. J. F. F. , en representación de EDP CLIENTES, S.A.U., contra la modificación nº 1 del contrato de “*Suministro de energía eléctrica (2021-2022)*”, expediente CAA/2021/220, acordada por el Consorcio para el Abastecimiento de Aguas y Saneamiento en el Principado de Asturias.

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

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.