



Recurso nº 1437/2019 C. Valenciana 297/2019

Resolución nº 27/2020

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

En Madrid, a 9 de enero de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D.M.L.A., en nombre y representación de SANOFI-AVENTIS, S.A., contra el acuerdo por el que se ha modificado el contrato basado en el *“Acuerdo Marco de suministro de vacunas antigripales destinadas al programa de vacunación, convocado por la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana, Lote 1. Expediente 200/2019”*; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana, convocó licitación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria para la adjudicación del *“Acuerdo Marco de suministro de vacunas antigripales destinadas al programa de vacunación con número de expediente 200/2019”*. El valor estimado del contrato se fijó en 3.121.000,00 €. El objeto del contrato se dividió en lotes.

Segundo. El anuncio de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 19 de abril de 2019. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, la recurrente resultó adjudicataria del contrato basado en el Acuerdo Marco para el lote 3, relativo a *“vacunas inactivadas producidas a partir de virus crecidos en huevos embrionados o en cultivo celular de 15 microgramos de hemaglutinina que contengan 4 cepas de virus de la gripe”*. Por su parte, SEQIRUS SPAIN, S.L. resultó adjudicataria de los contratos basados correspondientes a los lotes 1 y 2 relativos a *“vacunas inactivadas producidas a partir de virus crecidos en huevos embrionados, de virus fraccionados o de antígenos de superficie (H y N o análogos) que contengan 3 cepas del virus de la gripe”* y *“vacunas inactivadas producidas a partir de virus crecidos en huevos embrionados o en cultivo celular de 15 microgramos de*



hemaglutinina que contengan 3 cepas de virus de la gripe". El acuerdo de adjudicación se adoptó con fecha 11 de julio de 2019.

Tercero. La recurrente, tras haber tenido acceso al expediente con fecha 23 de octubre de 2019, tuvo conocimiento de que la empresa adjudicataria de los contratos basados para los lotes 1 y 2 (SEQIRUS SPAIN S.L.) había solicitado al órgano de contratación con fecha 25 de septiembre de 2019 modificar la oferta que presentó para el lote 1, sustituyendo las vacunas a suministrar por otras de 4 cepas (*"vacuna antigripal tetravalente de cultivo celular"*). Consta asimismo escrito firmado por la Directora General de Salud Pública i Addiccions de fecha 30 de septiembre de 2019 en que se autoriza la sustitución de la oferta presentada en el proceso de licitación por SEQIRUS SPAIN S.L. por la vacuna tetravalente ofrecida en solicitud de 25 de septiembre de 2019 *"dadas las ventajas que supone desde el punto de vista clínico para el desarrollo de la campaña de vacunación antigripal" 2019-20 en la Comunitat Valenciana*". Dicha modificación de la prestación objeto del contrato no consta publicada en el perfil del contratante.

Cuarto. Frente al anterior acuerdo, se interpone por SANOFI-AVENTIS, S.A. el presente recurso especial en materia de contratación. Considera que con la autorización de reemplazar las vacunas del lote 1 que fueron ofertadas por la adjudicataria a otras que no corresponden al objeto del lote conforme se describe en el Pliego, se ha producido una modificación del objeto del contrato no conforme a Derecho.

El apartado 5 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige el presente contrato, define y describe el objeto de cada uno de los tres lotes de vacuna antigripal como sigue:

Lote 1: *"vacunas inactivadas producidas a partir de virus crecidos en huevos embrionados, de virus fraccionados o de antígenos de superficie (H y N o análogos) que contengan 3 cepas del virus de la gripe"*

Lote 2: *"vacunas inactivadas producidas a partir de virus crecidos en huevos embrionados o en cultivo celular de 15 microgramos de hemaglutinina que contengan 3 cepas de virus de la gripe"*.



Lote 3: *“vacunas inactivadas producidas a partir de virus crecidos en huevos embrionados o en cultivo celular de 15 microgramos de hemaglutinina que contengan 4 cepas de virus de la gripe”.*

De su descripción claramente se deduce que los lotes 1 y 2 se refieren a vacunas que contengan 3 cepas de virus, mientras que solo el lote 3 tiene por objeto vacunas con 4 cepas de virus.

Al haberse permitido modificar a la adjudicataria de los lotes 1 y 2 las vacunas que ofertó por otras que contienen 4 cepas de virus, considera la recurrente que se ha modificado el objeto del contrato sin ajustarse a los requisitos y garantías que para ello exige el art 205 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 del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Argumenta SANOFI-AVENTIS, S.A. que la alteración del objeto inicial del contrato supone una modificación sustancial conforme a lo señalado en el art. 205.1 c) primero:

“Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación”.

Considera que está fuera de toda duda que concurre este supuesto por cuanto la mercantil recurrente solo presentó oferta al lote 3 al tener por objeto una vacuna antigripal de 4 cepas. De haber tenido el lote 1 por objeto una vacuna antigripal también de 4 cepas hubiera presentado oferta, si bien no lo hizo ante la imposibilidad de suministrar la vacuna que se definía en el objeto del lote (trivalente o de 3 cepas).



En apoyo de su recurso se citan diversos informes de Juntas Consultivas de Contratación, la Resolución del tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 117/2017y la Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2016 (asunto FROGNE).

A mayor abundamiento se alega que la modificación ha sido adoptada por órgano manifiestamente incompetente y encubre una adjudicación directa sin seguir el procedimiento legalmente establecido, razones por las que solicita se declare la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado.

Con base en todo lo expuesto solicita la anulación del acuerdo de modificación y el resarcimiento a la recurrente de los daños y perjuicios que dicha modificación ilegal le ha provocado en concepto de lucro cesante.

Quinto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el art. 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en materia contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPERMC). En él, el órgano de contratación se opone al recurso alegando que es inadmisibile. Considera que a la fecha de interposición del presente recurso ha transcurrido ya el plazo para recurrir contra los Pliegos y contra el acuerdo de adjudicación tanto del Acuerdo marco como del contrato basado en el Acuerdo marco, por lo que, no habiéndose adoptado ninguna resolución de modificación del contrato, no existe ninguna actuación susceptible de ser recurrida.

Sexto. La Secretaría de este Tribunal dio traslado con fecha 20 de noviembre de 2019 del recurso interpuesto al resto de licitadoras que han participado en el procedimiento de contratación a que se refiere el acuerdo recurrido para que pudieran, si a su derecho conviniera, hacer alegaciones al recurso; habiendo evacuado dicho trámite SEQIRUS SPAIN S.L., licitadora que ha resultado adjudicataria del lote 1, en el que se ha admitido la sustitución de las vacunas a suministrar de acuerdo con los Pliegos por otras a petición de la licitadora. En su escrito la mercantil considera que la recurrente carece de legitimación por cuanto no licitó si quiera al lote 1, lo que determina que los derechos e intereses legítimos de la recurrente nunca podrían verse afectados por la decisión recurrida ni por la que, en revisión de aquélla, se dicte por este Tribunal. A este respecto considera que la eventual estimación



del recurso no produciría un beneficio directo en la recurrente, negándose asimismo que exista daño por lucro cesante.

Subsidiariamente, considera SEQIRUS SPAIN S.L., que la modificación sería conforme a los Pliegos y a la LCSP. En apoyo de esta argumentación cita la cláusula 18.3 del PCAP, que permite la posibilidad de sustituir el bien objeto de la licitación cuando indica que:

“Los adjudicatarios podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por ciento el inicial de adjudicación, salvo que en el Apartado 17 del Cuadro de Características se establezca otro límite”.

Cláusula que encuentra su apoyo en el art. 222.2 de la LCSP cuando señala:

“2. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, los adjudicatarios de un acuerdo marco podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por 100 el inicial de adjudicación, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares, hubiese establecido otro límite.

Junto a ello, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de este, podrá incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que su precio no exceda del límite que se establece en el párrafo anterior”.

Asimismo, argumenta SEQIRUS SPAIN S.L. que, de considerarse esta modificación de las no previstas en el Pliego, tampoco sería disconforme a Derecho en aplicación de lo dispuesto en el art. 205 LCSP, en la medida en que la modificación surgió por un problema de suministro que derivó de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, tal y como exige este precepto, sin que se sobrepasaran los límites que al efecto regula este artículo.



Por todo ello solicita la inadmisión del recurso por falta de legitimación o, subsidiariamente, su desestimación.

Séptimo. Con la interposición del presente recurso, en la medida en que se alega por la recurrente, que la modificación encubre una adjudicación directa sin seguir el procedimiento legalmente establecido, se ha producido la suspensión automática del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el art. 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el art. 57.3 del citado cuerpo legal, será esta resolución la que acuerde el levantamiento de la medida cautelar producida.

Octavo. En fecha 20 de noviembre de 2019, la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 29 de noviembre de 2019, se presentan alegaciones por la entidad SEQIRUS SPAIN, SL

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, art. 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y en el Convenio suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana el 22 de marzo de 2013, publicado en el BOE nº 92 de 17 de abril de 2013..

Segundo. El recurso se interpone contra el acuerdo por el que se autoriza la modificación del objeto del contrato, al permitirse la sustitución de los elementos a suministrar en un contrato por otros que tienen una descripción diferente a la que fue objeto de licitación. Dispone el art. 44.1 LCSP que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:



- a) *Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros*".

Luego el contrato a que se refiere el acuerdo recurrido (contrato de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros) está dentro de los contratos susceptibles de recurso especial.

Por su parte, el apartado 2 de la LCSP señala que *"Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: d) 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"*.

En la medida en que ciertamente ha existido una modificación de la prestación objeto del contrato y que la recurrente precisamente la impugna por considerar que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, debe concluirse que el recurso se interpone contra un acto recurrible.

Tercero. El recurso se interpone por persona legitimada. Dispone al efecto el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente: *"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"*. Ciertamente es que la recurrente no participó en la licitación del lote 1, si bien participó en la licitación de otro lote para el mismo Acuerdo marco y, precisamente, la decisión de licitar o no al lote 1 pudo haber estado condicionada por la naturaleza y descripción de las características del producto a licitar, de modo que de haberse licitado como vacuna tetravalente, como se argumenta por la recurrente, es más que probable que SANOFI-AVENTIS, S.A., que presentó oferta al único lote cuyo objeto incluía vacunas de cuatro cepas, hubiera también optado por licitar en este lote.

A ello debe añadirse que la modificación operada puede incidir en el número de vacunas a suministrar en el lote en el que la recurrente es adjudicataria (al tener todos los lotes el mismo objeto, el suministro de vacunas antigripales), de modo que, con la modificación operada tras la adjudicación, las vacunas a suministrar en el lote 1 se asemejan a las que fueron objeto de licitación en el lote 3, lo que determina que dicha modificación en efecto afecte a la recurrente.



Cuarto. Se han cumplido las formalidades de plazo y demás previstas en la LCSP para la interposición del presente recurso. Debe tenerse en cuenta que la modificación ha tenido lugar sin que se adopte un acuerdo formal al respecto ni, por tanto, haya sido objeto de publicación en el perfil del contratante; lo que determina que el escrito de interposición de recurso deba considerarse en plazo con independencia del tiempo transcurrido desde la modificación.

Quinto. Entrando en el fondo de la cuestión debatida, debe analizarse si la autorización para sustituir las vacunas objeto del lote 1 por otras con una descripción diferente determina o no una modificación del contrato en los términos que regula la LCSP en su arts. 204 y 205.

Tal y como se ha expuesto en los hechos de esta Resolución, el apartado 5 del Cuadro de Características del PCAP que rige el presente contrato, define y describe el objeto de cada uno de los tres lotes de vacuna antigripal como sigue:

Lote 1: *“vacunas inactivadas producidas a partir de virus crecidos en huevos embrionados, de virus fraccionados o de antígenos de superficie (H y N o análogos) que contengan 3 cepas del virus de la gripe”.*

Lote 2: *“vacunas inactivadas producidas a partir de virus crecidos en huevos embrionados o en cultivo celular de 15 microgramos de hemaglutinina que contengan 3 cepas de virus de la gripe”.*

Lote 3: *“vacunas inactivadas producidas a partir de virus crecidos en huevos embrionados o en cultivo celular de 15 microgramos de hemaglutinina que contengan 4 cepas de virus de la gripe”.*

La modificación tiene lugar en el lote 1, en el que tras la adjudicación del contrato SEQIRUS SPAIN S.L., solicita autorización para la sustitución de las vacunas objeto del lote (y que fueron incluidas en la oferta presentada por la adjudicataria en el proceso de licitación) por otra vacuna de tipo tetravalente, sustitución que es aceptada por el órgano de contratación *“dadas las ventajas que supone desde el punto de vista clínico para el desarrollo de la campaña de vacunación antigripal” 2019-20 en la Comunitat Valenciana*”.

La regulación que prevé la LCSP sobre modificaciones contractuales se contiene en los arts. 204 y 205 LCSP, distinguiendo según la modificación esté prevista y regulada en el PCAP o



no. El art. 204 apartado 1, sobre las modificaciones previstas en los Pliegos, señala lo siguiente:

“1. Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes:

- a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.*
- b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: 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; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.*

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 el PCAP objeto del presente contrato, se dispone en la cláusula 19.6 lo siguiente:

“Los contratos basados podrán ser modificados si así se prevé en el Apartado 17 del Cuadro de Características. En ningún caso, la modificación podrá suponer nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

Cuando como consecuencia de las modificaciones del contrato de suministro se produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de bienes que integran el suministro o la sustitución de unos bienes por otros, siempre que los mismos estén comprendidos en el contrato, estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno en caso de supresión o reducción de unidades o clases de bienes a reclamar indemnización por dichas causas.



El contratista no podrá alterar, corregir o variar las características de los bienes a suministrar fijados en los contratos basados del Acuerdo Marco, salvo aprobación expresa por parte del órgano de contratación,

Dichas modificaciones deberán ajustarse a las previsiones presupuestarias recogidas en la cláusula 9 de este Pliego”.

Por su parte, dispone el apartado 17 del Cuadro de características al que se remite la anterior cláusula lo siguiente bajo el título “*Modificación del Acuerdo Marco y contrato basado*”:

“Acuerdo Marco: SI

Causa modificación: Cuando las necesidades reales sean superiores a las estimadas inicialmente, por variación de los pacientes del sistema sanitario público susceptibles de utilizar estas vacunas.

Alcance, límite y naturaleza: A todos los lotes, con el límite del 20% en el global del importe de licitación por aumento o disminución de unidades a utilizar.

Procedimiento: Sin oposición de los adjudicatarios.

Contrato basado: SI

Causa modificación: Cuando las necesidades reales sean superiores a las estimadas inicialmente, por variación de los pacientes del sistema sanitario público susceptibles de utilizar estas vacunas.

Alcance, límite y naturaleza: A todos los lotes, con el límite del 20% del importe de licitación por aumento o disminución de unidades a utilizar

Procedimiento: Sin oposición del contratista”.

Luego la única modificación prevista en los Pliegos es la cuantitativa, permitiendo un cambio en el número de unidades a suministrar por cada lote siempre que las necesidades reales sean distintas a las estimadas y hasta un límite de un 20% en el global del importe de licitación por aumento o disminución de unidades a suministrar. Es claro que, con arreglo a lo señalado en esta cláusula, y teniendo en cuenta que el art. 204 exige concreción y



objetividad máximas en la previsión de modificaciones por los Pliegos, no puede decirse que el cambio operado en el objeto del lote 1 sea una modificación prevista en los Pliegos, pues lo ocurrido en el lote 1 ha sido una modificación en el elemento suministrado, no en su cuantía.

Debe, por tanto, concluirse que la modificación ha de ser analizada desde su calificación como modificación no prevista en los Pliegos, debiendo con ello desestimarse las alegaciones que al respecto ha presentado SEQIRUS SPAIN S.L.

Respecto de este tipo de modificaciones, dispone el art. 205 LCSP lo siguiente:

“1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.



En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la



modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación”.

Se trata, por tanto, de determinar si con la modificación operada en el objeto del contrato de suministro mediante negociación directa entre órgano de contratación y adjudicatario se ha producido una modificación de carácter sustancial, en cuyo caso no podrá llevarse a cabo la modificación aun cuando ésta responda a circunstancias sobrevenidas imposibles de prever en el momento en el que tuvo lugar la licitación.

Como se ha expuesto más arriba, el propio art. 205 LCSP ya recoge como primer criterio a tomar en consideración para interpretar cuándo una modificación ha de tener el carácter de esencial, el siguiente: que introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los



seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En sintonía con esta argumentación, el TJUE ha señalado en su Sentencia de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549/14) lo siguiente:

“28 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concorre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C -454/06, EU:C:2008:351, apartados 34 a 37)”.

“30 En principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa entre el poder adjudicador y el adjudicatario, pues ello requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado (véase, por analogía, la sentencia de 13 de abril de 2010, Wall, C -91/08, EU:C:2010:182, apartado 42). Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que esa modificación ya se hubiera previsto en las cláusulas del contrato inicial (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C -454/06, EU:C:2008:351, apartados 37, 40, 60, 68 y 69)”.

“37 En efecto, aunque el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia deben respetarse incluso en relación con los contratos públicos especiales, ello no impide tomar en consideración los rasgos específicos de tales contratos. La conciliación de este imperativo jurídico y de esta necesidad concreta requiere, por una parte, un respeto estricto de las condiciones del contrato establecidas en la documentación del mismo hasta que finalice la



fase de ejecución de ese contrato, pero también, por otra parte, la posibilidad de establecer expresamente en esa documentación la facultad del poder adjudicador de adaptar determinadas condiciones de dicho contrato, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación. Al establecer expresamente esa facultad y determinar el modo de aplicarla en dicha documentación, el poder adjudicador garantiza que todos los operadores económicos interesados en participar en ese contrato tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren así en pie de igualdad en el momento de formular su oferta (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartados 112, 115, 117 y 118).

38 En cambio, si estas previsiones no figuran en la documentación del contrato, la necesidad de aplicar idénticas condiciones a todos los operadores económicos en un contrato público dado exige, en caso de modificación sustancial del contrato, abrir un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 127)".

En el supuesto ahora analizado, es claro que aun teniendo por cierto que hubo un problema en el suministro de las vacunas tal y como se habían proyectado en el lote 1, lo cierto es que la modificación de su objeto a vacunas de 4 cepas debió dar lugar a una nueva licitación, pues no estando prevista esta modificación sustancial en los Pliegos, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE expuesta, no debió admitirse la modificación de las vacunas a suministrar tras la adjudicación por la simple negociación operada entre el órgano de contratación y el adjudicatario, dado que ello no es posible sin comprometer los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

La aplicación de la propia regulación de nuestro Derecho interno nos conduce a idéntica solución. El art. 205.2 c) apartado primero de la LCSP expresamente señala que una modificación se considerará esencial cuando introduzca condiciones que, *“de haber figurado en el procedimiento de licitación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación”*, siendo clara la concurrencia de este supuesto en el caso ahora analizado, en que la recurrente, SANOFI-AVENTIS, S.A., presentó oferta y licitó al único lote cuyo objeto era el suministro de vacunas tetravalentes; de modo que de haber figurado también como vacuna



de 4 cepas la del lote 1 hubiera podido presentar una oferta para dicho lote, opción que no pudo plantearse si quiera al constituir el objeto del lote la vacuna antigripal de 3 cepas. Es claro que la inclusión de esta modificación en la descripción del lote pudo razonablemente atraer a más participantes en el proceso de licitación, siendo ello suficiente -conforme se ha expuesto- para que la modificación deba calificarse de esencial, al haberse impedido su participación en un proceso de licitación en el que pudieron haber tenido interés de haber podido conocer previamente las características finalmente exigidas a las vacunas a suministrar.

Conforme a lo expuesto debe calificarse de sustancial la modificación operada por el órgano de contratación en el contrato basado correspondiente al lote 1, lo que conduce a la necesaria anulación del acuerdo de modificación, siendo con ello ya innecesario entrar a valorar los vicios de incompetencia y falta de tramitación del procedimiento legalmente establecido que se esgrimen por la recurrente frente al mismo acuerdo.

Sexto. La anterior conclusión debe ser afirmada pese a las especialidades que, en materia de modificación, prevé el art. 222.2 LCSP y que se contienen en el PCAP en la cláusula 18.3 para los Acuerdos marco. Dispone el citado artículo en su segundo apartado que:

“2. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, los adjudicatarios de un acuerdo marco podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por 100 el inicial de adjudicación, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares, hubiese establecido otro límite.

Junto a ello, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de este, podrá incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que su precio no exceda del límite que se establece en el párrafo anterior”.

En aplicación de esta previsión legal la cláusula 18.3 del PCAP permite la posibilidad de sustituir el bien objeto de la licitación cuando indica que los adjudicatarios podrán proponer al

órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por ciento el inicial de adjudicación, salvo que en el Apartado 17 del Cuadro de Características se establezca otro límite (como de hecho ocurre en este caso, en que se fija un límite del 20 por ciento).

La modificación basada en estos preceptos tiene una finalidad clara: permitir la sustitución de los productos a suministrar por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas, a lo que el texto legal incluso añade la necesidad de que su comercialización “se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de la presentación de ofertas”, destacando así la necesaria concurrencia de la nota de imprevisibilidad que ha de regir en la introducción de toda modificación, de modo que si la Administración hubiera podido haber delimitado el objeto del contrato con la inclusión del avance tecnológico a incorporar, no cabría tampoco recurrir a esta forma de modificación.

Pues bien, siendo esta la finalidad de las modificaciones previstas para los Acuerdos marco y los contratos basados en el art. 222 de la LCSP, es claro que la modificación ahora analizada no obedece a la necesidad de incorporar a las vacunas a suministrar avances o innovaciones tecnológicas cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la adjudicación del lote, circunstancia ésta que en ningún momento se ha alegado ni ha sido acreditada; obediendo la modificación –tal y como incluso admite la adjudicataria del lote 1 en trámite de alegaciones- a la existencia de un problema de suministro imprevisto, no siendo esta circunstancia o problema el que permite modificar el Acuerdo Marco ex art. 222 LCSP.

Séptimo. Junto a la anulación del acuerdo de modificación, la mercantil recurrente solicita que se acuerde a su favor el derecho a la indemnización de daños y perjuicios que proceda reconocerle por lucro cesante, de modo que se le indemnice por el importe de las vacunas tetravalentes dejadas de suministrar por la recurrente en el lote 3 como consecuencia de la inclusión de este tipo de vacunas en el lote 1. Por su parte SEQIRUS SPAIN, S.L. niega la concurrencia de tal daño al afirmar que las vacunas objeto del lote 3 se han seguido suministrando conforme a lo previsto en la contratación inicial. Sobre este particular el órgano de contratación, al negar la existencia de modificación del contrato, nada señala en el informe remitido.



Habida cuenta que el eventual daño que la anulación del acuerdo de modificación haya podido causar por lucro cesante a la recurrente requiere de un procedimiento contradictorio con la posibilidad de dar trámite de alegaciones y de práctica de prueba a las partes afectadas, a efectos de valorar la concurrencia real de un daño y su cuantificación, de modo que la anulación del acuerdo de modificación no produzca daño a la recurrente pero tampoco le reporte un enriquecimiento injusto, deberá SANOFI-AVENTIS, S.A. ejercitar su pretensión indemnizatoria conforme previenen los arts. 67 y siguientes de la Ley 39/2015 frente al órgano de contratación, sin que corresponda a este órgano hacer pronunciamiento alguno al respecto ni prejuzgar sobre cuál deba ser la resolución a la petición indemnizatoria que se pretende.

Conforme a lo expuesto se impone una estimación parcial del recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D.M.L.A. en nombre y representación de SANOFI-AVENTIS, S.A., contra el acuerdo por el que se ha modificado el contrato basado en el *“Acuerdo Marco de suministro de vacunas antigripales destinadas al programa de vacunación, convocado por la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana, Lote 1. Expediente 200/2019”*, que se anula por su disconformidad a Derecho, sin que se haga pronunciamiento expreso acerca de la petición indemnizatoria que se hace en el recurso, remitiendo a la recurrente al ejercicio de su derecho en el procedimiento de responsabilidad patrimonial que corresponda frente al órgano de contratación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida automáticamente de acuerdo 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.