

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

Luis Jaime Rodríguez.

PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN ¹

Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación **ostenta la prerrogativa 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.

POTESTAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO²

Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a :

LA SUCESIÓN EN LA PERSONA DEL CONTRATISTA,³

CESIÓN DEL CONTRATO,⁴

REVISIÓN DE PRECIOS⁵

Y AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN,⁶

¹ Art 190. LCSP

² Art. 203.LCSP.

³ Arts. 98 y 144 LCSP

⁴ Art 214. LCSP.

⁵ Art 103-105 LCSP

⁶ Art. 29.3 ; 195;LCSP.

SÓLO PODRÁN SER MODIFICADOS POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO

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.

SUPUESTOS

2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse **durante su vigencia** cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

A. MODIFICACIONES PREVISTAS.

B. MODIFICACIONES NO PREVISTAS.

A. MODIFICACIONES PREVISTAS

CUANDO ASÍ SE HAYA PREVISTO EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES, en los términos y condiciones establecidos **en el artículo 204;**

B. MODIFICACIONES NO PREVISTAS

EXCEPCIONALMENTE, CUANDO sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, **siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.**

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, **deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes,** en su **caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública** de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la

obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

3. Las modificaciones del contrato deberán

→ **formalizarse** conforme a lo dispuesto en el artículo 153,

→ y **deberán publicarse** de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63.

MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES.⁷

1. REGULACIÓN : ART 204 LCSP.

2. LÍMITE CUANTITATIVO

1. Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia **hasta un máximo del veinte por ciento**

3.- LIMITE TEMPORAL

SE PUEDEN MODIFICAR DURANTE SU VIGENCIA

4.- ESTE LÍMITE OPERA SOBRE EL PRECIO INICIAL

5. REQUISITOS

5.1. PREVISTAS EXPRESAMENTE EN EL PLIEGO

cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares **se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad,**

5.2 FORMA Y CONTENIDO DE LA CLÁUSULA DE MODIFICACIÓN

en la forma y con el contenido siguientes:

a) **La cláusula de modificación deberá estar formulada**

de forma clara,

precisa

⁷ VER ART 204 LCSP.

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.

5.3. NO ESTABLECIMIENTO DE NUEVOS PRECIOS UNITARIOS.

La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación **no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.**

5.4..COMPRESIÓN DE SU ALCANCE Y CONTENIDO Y COMPROBACION

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.

6.-LÍMITE CUALITATIVO : NO ALTERACIÓN DE LA NATURALEZA GLOBAL DEL CONTRATO INICIAL

2. En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la **naturaleza global del contrato inicial.**

CONCEPTO DE ALTERACIÓN DE LA NATURALEZA GLOBAL.

En todo caso, se entenderá que se altera esta

→ 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.**

ARTÍCULO 205. MODIFICACIONES NO PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES: PRESTACIONES ADICIONALES, CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES Y MODIFICACIONES NO SUSTANCIALES.

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 204 LCSP.

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.

SUPUESTOS

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

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,

c) CUANDO LAS MODIFICACIONES NO SEAN SUSTANCIALES.

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 CAMBIO DE CONTRATISTA NO FUERA POSIBLE

2.º .-LIMITE CUANTITATIVO

....

1.º CAMBIO DE CONTRATISTA NO FUERA POSIBLE

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.**

2º.-LIMITE CUANTITATIVO

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**

8

⁸Asunto C-496/99 P Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA. SENTENCIA tsjue 29 abril 2004.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=49126&pageIndex=0&doclang=ES&dir=&occ=first&part=1&cid=14782635>

“118. En efecto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.

119

Por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente.

120

En efecto, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados.

121

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.**

Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas.

122

Ahora bien, en el presente asunto no se discute que la Comisión reemplazó, tras la adjudicación del contrato, las frutas mencionadas en el anuncio de licitación por otras frutas como pago de los productos que debía suministrar el adjudicatario, pese a que tal sustitución de frutas no estaba prevista en dicho anuncio ni en la normativa pertinente sobre la que se basó este último.

123

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.

Artículo 206. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato.

1. **En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205,** las modificaciones acordadas por el órgano de contratación **serán obligatorias para los contratistas**

cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

2. **Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.⁹**

⁹ Artículo 211. Causas de resolución. 1. Son causas de resolución del contrato: g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

ARTÍCULO 207. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES.

MODIFICACIONES PREVISTAS

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.

MODIFICACIONES NO PREVISTAS

1. AUDIENCIA AL REDACTOR DEL PROYECTO O ESPECIFICACIONES

2. **Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas,** si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

2. PUBLICACIÓN

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 hubieren 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.

4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 191

SECCIÓN 3.ª MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS

Artículo 242. Modificación del contrato de obras.

1. **Serán obligatorias para el contratista** las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con lo establecido en el artículo 206.

En caso de que la modificación suponga

supresión

o reducción

de unidades de obra, el contratista **no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.**

UNIDADES DE OBRA NO PREVISTAS EN PROYECTO

2. **Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este,**

y no sea necesario realizar una nueva licitación,

los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles.

Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá

→**contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado,**

→**ejecutarlas directamente**

→**u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley.**

3. **Cuando la modificación contemple unidades de obra que hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas**, antes de efectuar la medición parcial de las mismas, deberá comunicarse a la Intervención de la Administración correspondiente, con una antelación mínima de cinco días, para que, si lo considera oportuno, pueda acudir a dicho acto en sus funciones de comprobación material de la inversión, y ello, sin perjuicio de, una vez terminadas las obras, efectuar la recepción, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 243, en relación con el apartado 2 del artículo 210.

4. **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.

NO TENDRÁN LA CONSIDERACIÓN DE MODIFICACIONES

No obstante, 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.

5. **Cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público,** el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

El expediente de continuación provisional a tramitar al efecto exigirá exclusivamente la incorporación de las siguientes actuaciones:

a) **PROPUESTA TÉCNICA MOTIVADA** efectuada por el director facultativo de la obra, donde figure

el importe aproximado de la modificación,

la descripción básica de las obras a realizar

y la justificación de que la modificación se encuentra en uno de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 203.

b) **AUDIENCIA DEL CONTRATISTA.**

c) **CONFORMIDAD DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN.**

d) **CERTIFICADO DE EXISTENCIA DE CRÉDITO.**

e) **INFORME DE LA OFICINA DE SUPERVISIÓN DE PROYECTOS**, en el caso de que en la propuesta técnica motivada se **introdujeran precios nuevos**. El informe deberá motivar la adecuación de los nuevos precios a los precios generales del mercado, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del artículo 102.

En el plazo de seis meses contados desde el acuerdo de autorización provisional deberá estar

APROBADO TÉCNICAMENTE EL PROYECTO,

y en el de ocho meses

EL EXPEDIENTE DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

Dentro del citado plazo de ocho meses se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas.

La autorización del Ministro para iniciar provisionalmente las obras, que, en su caso, únicamente podrá ser objeto de delegación en los Secretarios de Estado del Departamento Ministerial, implicará en el ámbito de la Administración General del Estado la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación de la modificación del contrato.

Las obras ejecutadas dentro del plazo de ocho meses, serán objeto de certificación y abono en los términos previstos en la presente Ley con la siguiente singularidad:

Las certificaciones a expedir durante la tramitación del expediente modificado que comprendan unidades no previstas en el proyecto inicial tomarán como referencia los precios que figuren en la propuesta técnica motivada, **cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta provisionales** sujetos a las rectificaciones y variaciones que puedan resultar una vez se apruebe el proyecto modificado, todo ello, sin perjuicio de las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden.

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESION DE OBRAS

Artículo 255. Modificación del proyecto.

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido en la Subsección 4.^a, Sección 3.^a, Capítulo I, Título I, del Libro Segundo de esta Ley y en la letra b) del apartado 1 del artículo 261. El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes.

Artículo 262. Modificación de las obras.

1. El órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en esta Ley, la modificación de las obras, así como su ampliación, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

2. Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por las normas generales de modificación y por lo dispuesto en el artículo 270 de la presente Ley.

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

Artículo 290. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico.

1. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.^a de la Sección 3.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el concesionario no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

4. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.

b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley.

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda

recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

6. El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.

b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

Artículo 309. Determinación del precio.

1. El pliego de cláusulas administrativas establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.

En los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, **no tendrán la consideración de modificaciones, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato.**

2. En determinados servicios complejos en los que la ejecución del contrato lleve aparejados costes de inversión iniciales y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse un sistema de retribución que compense por las mismas.

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

Artículo 301. Pago del precio.

1. El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato.

2. En el contrato de suministros en el que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, a que se refiere el artículo 205.2.c).3.º, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.

LA MODIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS MARCO Y DE LOS CONTRATOS BASADOS EN UN ACUERDO MARCO

Artículo 222. Modificación de los acuerdos marco y de los contratos basados en un acuerdo marco.

1. Los acuerdos marco y los contratos basados **podrán ser modificados de acuerdo con las reglas generales de modificación de los contratos**. En todo caso, **no se podrán introducir por contrato basados modificaciones sustanciales** respecto de lo establecido en el acuerdo marco.

Los precios unitarios resultantes de la modificación del acuerdo marco **no podrán superar en un 20 por ciento a los precios anteriores a la modificación y** en ningún caso podrán ser precios superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos.

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.

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO Y EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Artículo 44. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles.

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.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando esta, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

2. 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.

5. Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.

6. Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común

de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

7. La interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuito para los recurrentes.

LA MODIFICACION DE CONTRATOS . ANULABILIDAD

Artículo 40. Causas de anulabilidad de derecho administrativo.

Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

a) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205.

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN

Artículo 211. Causas de resolución.

1. Son causas de resolución del contrato:

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, **cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205**; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, **las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior,**

en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

REMISIÓN DE CONTRATOS AL TRIBUNAL DE CUENTAS.

ARTÍCULO 335

1. Dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, deberá remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado aquel, acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que el precio de adjudicación del contrato o en el caso de acuerdos marco, el valor estimado, exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesiones de obras, concesiones de servicios y acuerdos marco; de 450.000 euros, tratándose de suministros; y de 150.000 euros, tratándose de servicios y de contratos administrativos especiales.

Asimismo, serán objeto de remisión al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma la copia certificada y el extracto del expediente a los que se refiere el párrafo anterior, relativos a los contratos basados en un acuerdo marco y a los contratos específicos celebrados en el marco de un sistema dinámico de adquisición, siempre que el precio de adjudicación del contrato exceda en función de su naturaleza de las cuantías señaladas en el citado párrafo.

Además, se remitirá una relación del resto de contratos celebrados incluyendo los contratos menores, excepto aquellos que siendo su importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía. Dichas relaciones se ordenarán por adjudicatario. Esta remisión podrá realizarse directamente por vía electrónica por la Plataforma de Contratación donde tenga ubicado su perfil del contratante el correspondiente órgano de contratación.

2. Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de

precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos indicados.

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PRIVADOS¹⁰

I.-CONTRATOS PRIVADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, En lo que respecta a su efectos, **modificación** y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior,¹¹

les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, **modificación**, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, **que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.**

¹⁰ **Artículo 26. Contratos privados.** 1. Tendrán la consideración de contratos privados: a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior. b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas. c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

¹¹ **Artículo 25. Contratos administrativos.**

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos: 1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto **servicios financieros** con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los **que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos** con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.; 2.º **Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.**

II.-CONTRATOS PRIVADOS QUE CELEBREN LOS PODERES ADJUDICADORES QUE NO PERTENEZCAN A LA CATEGORÍA DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley,

se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación.

En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, **de modificación del contrato**, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; **y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.**

III.-LOS CONTRATOS QUE CELEBREN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO POSEAN LA CONDICIÓN DE PODER ADJUDICADOR,

Los contratos que celebren las Entidades del Sector Público que no posean la condición de poder adjudicador, se regirán por lo dispuesto en los artículos 321 y 322.

En lo que se refiere a sus efectos, **modificación** y extinción se regularán por **las normas de derecho privado que les resulten de aplicación.**

ANEXO

ANEXO . REFERENCIAS NORMATIVAS

DIRECTIVA 2014/24

<https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf>

Artículo 72. Modificación de los contratos durante su vigencia

1. Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:

a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, **estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación**, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco;

b) **para obras, servicios o suministros adicionales**, a cargo del contratista original, que resulten necesarias **y que no estuviesen incluidas en la contratación original**, a condición de que cambiar de contratista:

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos **de intercambiabilidad o interoperatividad** con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y

ii) **genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.**

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

i) que la necesidad de la modificación se derive de **circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever,**

ii) **que la modificación no altere la naturaleza global del contrato,**

iii) **que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial.** En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

d) **cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador** como consecuencia de:

i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),

ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien

iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71;

e) **cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales** a los efectos del apartado 4.

Los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en los casos previstos en las letras b) y c) del presente apartado publicarán un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo V, parte G, y se publicará de conformidad con el artículo 51.

2. Por otra parte, también se podrá modificar un contrato sin necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de

contratación de conformidad con la presente Directiva **si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:**

i) los umbrales indicados en el artículo 4, y

ii) el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

3. A efectos del cálculo del precio mencionado en el apartado 1, letras b) y c), y en el apartado 2, el precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

4. UNA MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO O ACUERDO MARCO DURANTE SU PERÍODO DE VIGENCIA SE CONSIDERARÁ SUSTANCIAL a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

a) 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;

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).

5. Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2.

LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Artículo 203. Potestad de modificación del contrato.

1. 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.

2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204;

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153, y deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63.

Artículo 204. Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

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.

2. En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera esta 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.

Artículo 205. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.

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.

Artículo 206. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato.

1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.

Artículo 207. Especialidades procedimentales.

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.

2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

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 hubieren 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.

4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 191

Artículo 191. Procedimiento de ejercicio.

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.

2. En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 y 195.

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:

a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

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.

c) Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma.

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

.....

Sección 3.ª Modificación del contrato de obras

Artículo 242. Modificación del contrato de obras.

1. Serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con lo establecido en el artículo 206. En caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

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

3. Cuando la modificación contemple unidades de obra que hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas, antes de efectuar la medición parcial de las mismas, deberá comunicarse a la Intervención de la Administración correspondiente, con una antelación mínima de cinco días, para que, si lo considera oportuno, pueda acudir a dicho acto en sus funciones de comprobación material de la inversión, y ello, sin perjuicio de, una vez terminadas las obras, efectuar la recepción, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 243, en relación con el apartado 2 del artículo 210.

4. 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.

No obstante, 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.

5. Cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

El expediente de continuación provisional a tramitar al efecto exigirá exclusivamente la incorporación de las siguientes actuaciones:

a) Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figure el importe aproximado de la modificación, la descripción básica de las obras a realizar y la justificación de que la modificación se encuentra en uno de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 203.

b) Audiencia del contratista.

c) Conformidad del órgano de contratación.

d) Certificado de existencia de crédito.

e) Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, en el caso de que en la propuesta técnica motivada se introdujeran precios nuevos. El informe deberá motivar la adecuación de los nuevos precios a los precios generales del mercado, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del artículo 102.

En el plazo de seis meses contados desde el acuerdo de autorización provisional deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente de la modificación del contrato.

Dentro del citado plazo de ocho meses se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas.

La autorización del Ministro para iniciar provisionalmente las obras, que, en su caso, únicamente podrá ser objeto de delegación en los Secretarios de Estado del Departamento Ministerial, implicará en el ámbito de la Administración General del Estado la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación de la modificación del contrato.

Las obras ejecutadas dentro del plazo de ocho meses, serán objeto de certificación y abono en los términos previstos en la presente Ley con la siguiente singularidad:

Las certificaciones a expedir durante la tramitación del expediente modificado que comprendan unidades no previstas en el proyecto inicial tomarán como referencia los precios que figuren en la propuesta técnica motivada, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta provisionales sujetos a las rectificaciones y variaciones que puedan resultar una vez se apruebe el proyecto modificado, todo ello, sin perjuicio de las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden.

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO Y EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Artículo 44. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles.

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.
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

- a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.
- c) Los acuerdos de adjudicación.

- 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.
- e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.
- f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

3. Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

4. No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia.

5. Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.

6. Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

7. La interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuito para los recurrentes.

.....

SUCESIÓN DEL CONTRATISTA

Artículo 98. Supuestos de sucesión del contratista.

1. En los casos de **fusión de empresas** en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos **de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas**, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.

A los efectos anteriores la empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido.

Cuando como consecuencia de las operaciones mercantiles a que se refiere el párrafo primero se le atribuyera el contrato a una entidad distinta, la garantía definitiva podrá ser, a criterio de la entidad otorgante de la misma, renovada o reemplazada por una nueva garantía que se suscriba por la nueva entidad teniéndose en cuenta las especiales características del riesgo que constituya esta última entidad. En este caso, la antigua garantía definitiva conservará su vigencia hasta que esté constituida la nueva garantía.

2. Cuando el contratista inicial sea una unión temporal de empresas, se estará a lo establecido en el artículo 69.

Artículo 144. Sucesión en el procedimiento.

Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese una **operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad**, le sucederá a la empresa licitadora o candidata en su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.

CESIÓN DE LOS CONTRATOS

Artículo 214. Cesión de los contratos.

1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la **modificación subjetiva de los contratos** solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a **una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.**

A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero **siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia** en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b), **no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista** si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de

control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.

2. Para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en las letras siguientes. El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.

No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

Artículo 103. Procedencia y límites.

1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

Salvo en los contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el apartado 2 del artículo 19, no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado.

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto.

3. En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la formalización se produce con posterioridad.

5. Salvo en los contratos de suministro de energía, cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada en los contratos de concesión de servicios.

6. El Consejo de Ministros podrá aprobar, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, fórmulas tipo de revisión periódica y predeterminada para los contratos previstos en el apartado 2.

A propuesta de la Administración Pública competente de la contratación, el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado determinará aquellas actividades donde resulte conveniente contar con una fórmula tipo, elaborará las fórmulas y las remitirá para su aprobación al Consejo de Ministros.

Cuando para un determinado tipo de contrato, se hayan aprobado, por el procedimiento descrito, fórmulas tipo, el órgano de contratación no podrá incluir otra fórmula de revisión diferente a esta en los pliegos y contrato.

7. Las fórmulas tipo que se establezcan con sujeción a los principios y metodologías contenidos en el Real Decreto referido en el apartado 2 de la presente disposición reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los componentes básicos de costes relativos al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo.

8. El Instituto Nacional de Estadística elaborará los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de costes incluidos en las fórmulas tipo de revisión de precios de los contratos, los cuales serán aprobados por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

Los índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas.

Reglamentariamente se establecerá la relación de componentes básicos de costes a incluir en las fórmulas tipo referidas en este apartado, relación que podrá ser ampliada por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado cuando así lo exija la evolución de los procesos productivos o la aparición de nuevos materiales con participación relevante en el coste de determinados contratos o la creación de nuevas fórmulas tipo de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y su desarrollo.

Los indicadores o reglas de determinación de cada uno de los índices que intervienen en las fórmulas de revisión de precios serán establecidos por Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a propuesta del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

9. Cuando resulte aplicable la revisión de precios mediante las fórmulas tipo referidas en el apartado 6 de la presente disposición, el resultado de aplicar las ponderaciones previstas en el apartado 7 a los índices de precios, que se determinen conforme al apartado 8, proporcionará en cada fecha, respecto a la fecha y períodos determinados en el apartado 4, un coeficiente que se aplicará a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión a los efectos de calcular el precio que corresponda satisfacer.

10. Lo establecido en este artículo y en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de la posibilidad de mantener el equilibrio económico en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290.

Artículo 104. Revisión en casos de demora en la ejecución.

Cuando la cláusula de revisión se aplique sobre períodos de tiempo en los que el contratista hubiese incurrido en mora y sin perjuicio de las penalidades que fueren procedentes, los índices de precios que habrán de ser tenidos en cuenta serán aquellos que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato para la realización de la prestación en plazo, salvo que los correspondientes al período real de ejecución produzcan un coeficiente inferior, en cuyo caso se aplicarán estos últimos.

Artículo 105. Pago del importe de la revisión.

El importe de las revisiones que procedan se hará efectivo, de oficio, mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales a cuyo efecto se tramitará a comienzo del ejercicio económico el oportuno expediente de gasto para su cobertura. Los posibles desajustes que se produjeran respecto del expediente de gasto aprobado en el ejercicio, tales como los derivados de diferencias temporales en la aprobación de los índices de precios aplicables al contrato, se podrán hacer efectivos en la certificación final o en la liquidación del contrato.

.....

ARTÍCULO 29. PLAZO DE DURACIÓN DE LOS CONTRATOS Y DE EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN.

1. La duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos.

2. El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. Quedan exceptuados de la obligación de preaviso los contratos cuya duración fuera inferior a dos meses.

En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes.

La prórroga del contrato establecida en este apartado no será obligatoria para el contratista en los casos en que en el contrato se dé la causa de resolución establecida en el artículo 198.6 por haberse demorado la Administración en el abono del precio más de seis meses.

3. CUANDO SE PRODUZCA DEMORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR PARTE DEL EMPRESARIO, EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN PODRÁ CONCEDER UNA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN, sin perjuicio de las penalidades que en su caso procedan, resultando aplicables en el caso de los contratos administrativos lo previsto en los artículos 192 y siguientes de esta Ley.

JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS

ADEMAS DE LA YA CITADA SUCCHI DI FRUTTA¹²

cabe citar :

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava)

de 31 de enero de 2013 (*)

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=133182&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2752839>

«Fondo de Cohesión – Reducción de la ayuda financiera inicialmente acordada por el Fondo a cinco proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España – Plazo de adopción de una decisión – Artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento (CE) nº 1164/94 – Artículo 18, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 1386/2002 – Entregas adicionales – **Obras o servicios adicionales – Concepto de “circunstancia imprevista”** – Artículo 20, apartado 2, letras e) y f), de la Directiva 93/38/CEE»

En el asunto T-235/11,

Reino de España, representado inicialmente por el Sr. M. Muñoz Pérez y la Sra. N. Díaz Abad, posteriormente por la Sra. Díaz Abad y el Sr. A. Rubio González, abogados del Estado,

parte demandante,

y

Comisión Europea, representada por las Sras. E. Adserá Ribera y D. Recchia, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión de la Comisión C(2011) 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos: «Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad

¹² Asunto C-496/99 P Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA.
SENTENCIA tsjue 29 abril 2004

Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida» (CCI nº 1999.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase)» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.003); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés» (CCI nº 2001.ES.16.C.PT.007), y «Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)» (CCI nº 2004.ES.16.C.PT.014), y, con carácter subsidiario, la anulación parcial de dicha Decisión por lo que se refiere a las correcciones aplicadas por la Comisión,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava),

integrado por el Sr. L. Truchot, Presidente, y la Sra. M.E. Martins Ribeiro (Ponente) y el Sr. A. Popescu, Jueces;

Secretario: Sr. J. Palacio González, administrador principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 10 de mayo de 2012,

dicta la siguiente

Sentencia

Normativa de la Unión Europea

1 El artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1164/94 del Consejo, de 16 de mayo de 1994, por el que se crea el Fondo de cohesión (DO L 130, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1264/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999 (DO L 161, p. 57), por el Reglamento (CE) nº 1265/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999 (DO L 161, p. 62), y por el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión (DO 2003, L 236, p. 33), establece:

«El Fondo aportará su participación financiera a proyectos, que contribuyan a la realización de los objetivos fijados en el Tratado de la Unión Europea, en los sectores del medio ambiente y de las redes transeuropeas de infraestructuras de transporte en los Estados miembros cuyo Producto Nacional Bruto *per cápita* sea inferior al 90 % de la media comunitaria, calculada a partir de las paridades del poder adquisitivo, y que

cuenten con un programa cuyo objetivo sea cumplir las condiciones de convergencia económica a que se refiere el artículo [126 TFUE].»

2 El artículo H («Correcciones financieras») del anexo II («Disposiciones de aplicación») al Reglamento nº 1164/94 dispone:

«1. Si, tras haber efectuado las verificaciones necesarias, la Comisión llega a la conclusión de que:

a) la ejecución de un proyecto no justifica la totalidad o parte de la ayuda que le ha sido concedida, o que se ha incumplido una de las condiciones establecidas en la decisión de concesión de la ayuda, o que se ha producido en particular cualquier cambio significativo que altera la naturaleza o las condiciones de ejecución del proyecto y para el cual no se haya recabado la aprobación de la Comisión;

b) existe una irregularidad en la ayuda recibida del Fondo y que el Estado miembro interesado no ha adoptado las medidas correctivas necesarias,

la Comisión suspenderá la ayuda para ese proyecto y, exponiendo sus motivos, pedirá al Estado miembro que presente comentarios dentro de un plazo determinado.

Si el Estado miembro tuviera objeciones a las observaciones de la Comisión, ésta lo invitará a una audiencia en la que ambas partes se esforzarán por llegar a un acuerdo sobre las observaciones y sobre las conclusiones que hayan de extraerse de éstas.

2. Al término del plazo establecido por la Comisión, en caso de no haberse llegado a un acuerdo en un plazo de tres meses, la Comisión decidirá, sin perjuicio de la observancia del debido procedimiento y tomando en consideración los comentarios que hubiera realizado el Estado miembro:

[...]

b) efectuar las correcciones financieras necesarias, lo cual podrá suponer la supresión total o parcial de la ayuda concedida para el proyecto.

En estas decisiones se respetará el principio de proporcionalidad. Al decidir el importe de una corrección, la Comisión tendrá en cuenta el tipo de irregularidad o de cambio y el alcance de la posible incidencia financiera de las eventuales deficiencias de los sistemas de gestión o control. Toda reducción o supresión dará lugar a la recuperación de los importes abonados.

[...]

4. La Comisión adoptará las disposiciones de aplicación de los apartados 1 a 3 [...]»

3 El artículo 18, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 1386/2002 de la Comisión, de 29 de julio de 2002, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento nº 1164/94 en relación con los sistemas de gestión y control y el procedimiento para las correcciones financieras de las ayudas otorgadas con cargo al Fondo de Cohesión (DO L 201, p. 5), es del siguiente tenor:

«Cuando el Estado miembro no está de acuerdo con las observaciones efectuadas por la Comisión, y se celebra una reunión en virtud del párrafo segundo del apartado 1 del artículo H del anexo II del Reglamento [...] nº 1164/94, el plazo de tres meses en el que la Comisión decidirá con arreglo al apartado 2 del artículo H del anexo II de dicho Reglamento comenzará a contar a partir de la fecha de la mencionada reunión.»

4 La Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), define los «procedimientos abiertos, restringidos o negociados» en su artículo 1, número 7, del siguiente modo:

«[...] los procedimientos de adjudicación que las entidades contratantes aplican y en virtud de los cuales:

a) en el caso del procedimiento abierto, cualquier suministrador, contratista o prestador de servicios interesado puede presentar ofertas;

b) en el caso del procedimiento restringido, sólo pueden presentar ofertas los candidatos invitados por la entidad contratante;

c) en el caso del procedimiento negociado, la entidad contratante consulta con los suministradores, contratistas o prestadores de servicios de su elección y negocia las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.»

5 Según el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/38, «para adjudicar sus contratos de suministros, de obras y de servicios, o para organizar sus concursos de proyectos, las entidades contratantes aplicarán los procedimientos que se adapten a las disposiciones de la presente Directiva». El apartado 2 de este artículo establece que «las entidades contratantes velarán por que los suministradores, los contratistas o los prestadores de servicios no sean objeto de discriminación».

6 El artículo 20, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/38 tiene el siguiente tenor:

«1. Las entidades contratantes podrán elegir cualquiera de los procedimientos definidos en el apartado 7 del artículo 1 siempre que, salvo lo dispuesto en el apartado 2, se haya efectuado una convocatoria de licitación con arreglo al artículo 21.

2. Las entidades contratantes podrán utilizar un procedimiento sin convocatoria de licitación previa en los casos siguientes:

[...]

e) en el caso de entregas complementarias efectuadas por el proveedor y destinadas, bien a la renovación parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, bien a la ampliación de suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligara al beneficiario a adquirir un material técnico diferente que sería incompatible o acarrearía dificultades técnicas de utilización y de mantenimiento desproporcionadas;

f) para las obras o servicios adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato, siempre que la adjudicación se haga al contratista o prestador de servicios que ejecute el contrato inicial:

– cuando dichas obras o servicios adicionales no puedan separarse técnica o financieramente del contrato principal sin grave inconveniente para las entidades contratantes; o

– cuando dichas obras o servicios adicionales, aunque separables de la ejecución del contrato inicial, resulten estrictamente necesarios para su perfeccionamiento;

[...]»

Normativa nacional

7 El artículo 101 («Modificaciones de los contratos») del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nº 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775; en lo sucesivo, «TRLCAP»), en su versión en vigor en el momento de los hechos, disponía lo siguiente:

«1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 54.

3. En las modificaciones de los contratos, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones en cuantía igual o superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, siempre que éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros) con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, será preceptivo, además del informe a que se refiere el apartado 2 del artículo 59 y de la fiscalización previa en los términos del apartado 2, letra g), del artículo 11, el informe de contenido presupuestario de la Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. A tal efecto, los órganos de contratación remitirán el expediente correspondiente a la modificación propuesta, al que se incorporarán los siguientes documentos:

a) Una memoria explicativa suscrita por el director facultativo de la obra que justifique la desviación producida que motiva la modificación, con expresión de las circunstancias no previstas en la aprobación del pliego de prescripciones técnicas y, en su caso, en el proyecto correspondiente, documento que será expedido, en los contratos distintos a los de obras, por el servicio encargado de la dirección y ejecución de las prestaciones contratadas.

b) Justificación de la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación.

c) En los contratos de obras, informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos sobre la adecuación de la modificación propuesta.

La Dirección General de Presupuestos emitirá su informe en el plazo de quince días hábiles.

Lo establecido en este apartado será también de aplicación en las modificaciones consistentes en la sustitución de unidades objeto del contrato por unidades nuevas en contratos cuyo importe de adjudicación sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros) y las modificaciones afecten al 30 por 100 o más del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, independientemente de las repercusiones presupuestarias a que dieran lugar las modificaciones.»

8 Por lo que se refiere a los contratos públicos de obras, el artículo 101 del TRLCAP se veía completado por lo dispuesto en el artículo 146 del TRLCAP («Modificación del contrato de obras»), que establecía:

«1. Serán obligatorias para el contratista las modificaciones en el contrato de obras que, con arreglo a lo establecido en el artículo 101, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea una de las

comprendidas en el contrato. En caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 149, párrafo e).

[...]»

9 En lo relativo a la modificación de los contratos públicos de suministro, el artículo 189 del TRLCAP establecía lo siguiente:

«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, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 192, letra c)».

10 En relación con la modificación de los contratos públicos de servicios, el artículo 212 del TRLCAP disponía:

«Cuando como consecuencia de las modificaciones del contrato de servicios de mantenimiento se produzcan aumento, reducción o supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén contenidos 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 equipos a reclamar indemnización por dichas causas, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del artículo 214».

11 En lo relativo al mecanismo de ejecución de obras complementarias, el artículo 141 («Procedimiento negociado sin publicidad») del TRLCAP establecía:

«Podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes, que habrán de justificarse en el expediente:

[...]

d) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal, de acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente.

Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior, deberán concurrir los siguientes requisitos respecto del contrato principal:

1. Que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar inconvenientes mayores a la Administración o que, aunque se puedan separar de la ejecución de dicho contrato, sean estrictamente necesarias para su ejecución.

2. Que las obras complementarias a ejecutar definidas en el correspondiente proyecto estén formadas, al menos, en un 50 por 100 del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal.

3. Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 20 por 100 del precio primitivo del contrato.

Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos exigidos en los párrafos precedentes habrán de ser objeto de contratación independiente.

[...]»

12 La ejecución de obras adicionales se contemplaba también en la Ley 48/1998, de 30 diciembre, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1998, p. 44329), cuyo artículo 25 («Procedimiento sin convocatoria de licitación previa») disponía:

«No obstante lo dispuesto en el artículo 23.1, la entidad contratante podrá utilizar un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa, en los casos siguientes:

[...]

f) Cuando se trate de obras o servicios adicionales que no figuren en el proyecto inicialmente adjudicado, ni en el primer contrato celebrado, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas, siempre que su ejecución se confíe al contratista o prestador de servicios que ejecute el contrato inicial y dichas obras o servicios no puedan separarse técnica o financieramente del contrato principal, sin causar graves inconvenientes a la entidad contratante, o, aun pudiendo separarse de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.

[...]»

Antecedentes del litigio

13 Mediante la Decisión C(2000) 2113, de 13 de septiembre de 2000, en su versión modificada por la Decisión C(2003) 4240, de 11 de noviembre de 2003; la Decisión C(2001) 2106, de 11 de septiembre de 2000, en su versión modificada por la Decisión C(2006) 3333, de 17 de julio de 2006; la Decisión C(2000) 3483, de 29 de diciembre de 2000, en su versión modificada por la Decisión C(2006) 3333, de 17 de julio de 2006; la Decisión C(2001) 4055, de 27 de diciembre de 2001, en su versión modificada por la Decisión C(2005) 1021, de 22 de marzo de 2005, y la Decisión C(2004) 4753, de 3 de diciembre de 2004, en su versión modificada por la Decisión C(2005) 1019, de 22 de marzo de 2005, la Comisión de las Comunidades Europeas aprobó la concesión de una ayuda financiera con cargo al Fondo de Cohesión a las siguientes fases de proyectos, respectivamente:

- «Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida» (CCI nº 1999.ES.16.C.PT.001).
- «Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell» (Plataforma, 1ª fase) (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.001).
- «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.003).
- «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés» (CCI nº 2001.ES.16.C.PT.007), y
- «Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)» (CCI nº 2004.ES.16.C.PT.014).

14 Mediante un escrito de 23 de octubre de 2009, tres escritos de 21 de abril de 2010 y un escrito de 30 de marzo de 2010, respectivamente, la Comisión remitió al Reino de España una propuesta de cierre para cada una de esas fases de proyecto. Cada una de ellas incluía correcciones financieras debido a la existencia de irregularidades en la aplicación de la normativa sobre contratos públicos.

15 Toda vez que las autoridades españolas se mostraron en desacuerdo con las propuestas de cierre de la Comisión mediante cuatro escritos de 13 de mayo de 2010, el 23 de junio de 2010 tuvo lugar una audiencia, con arreglo al artículo H, apartado 1, del anexo II al Reglamento nº 1164/94. Durante dicha audiencia se hizo entrega a la Comisión de un «escrito de alegaciones administrativas a la propuesta de corrección financiera» y una «relación de documentación enviada a la propuesta de

corrección financiera de la Comisión Europea relativa a la propuesta de cierre de proyectos del Fondo de Cohesión».

16 El Reino de España facilitó información suplementaria a la Comisión mediante escrito de 23 de julio de 2010.

Decisión impugnada

17 El 18 de febrero de 2011, la Comisión adoptó la Decisión C(2011) 1023, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos mencionadas en el apartado 13 *supra* (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

18 En la Decisión impugnada, la Comisión declaró la existencia de varias irregularidades que afectaban a las fases de proyecto de que se trataba y redujo en 31.328.947,63 euros la ayuda total concedida a dichas fases.

19 En primer lugar, por lo que se refiere a la fase de proyecto relativa al tramo Madrid-Lleida (CCI nº 1999.ES.16.C.PT.001), la Comisión indicó que la entidad adjudicadora había celebrado setenta y ocho contratos principales asignados en su totalidad a dicha fase, así como dos contratos asignados parcialmente a ésta. Según la Comisión, veintiuno de estos contratos (siete de obras, once de servicios y tres de suministro, todos por encima de los umbrales de la Directiva 93/38) habían sido objeto de al menos una modificación después de su adjudicación para añadir obras, servicios y suministros adicionales, sin convocatoria de licitación previa, por un importe total de 9.630.700,58 euros, impuestos excluidos. Además, en el caso del contrato ON 036/01 no se había respetado el plazo mínimo para la presentación de las ofertas (considerandos 59 y 60 de la Decisión impugnada).

20 En segundo lugar, en relación con la fase de proyecto relativa al tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase) (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.001), la Comisión señaló que la entidad adjudicadora había celebrado dieciséis contratos (nueve de obras y siete de servicios), que excedían en todos los casos del umbral fijado en la Directiva 93/38. Según la Comisión, siete de los contratos de obras y los siete contratos de servicios habían sido objeto de diecisiete modificaciones en total después de su adjudicación al objeto de añadir obras y servicios adicionales mediante procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa. La Comisión subrayó que la entidad adjudicadora había utilizado criterios de adjudicación irregulares en el caso de los contratos de obras ON 003/00, ON 018/99, ON 019/99 y ON 001/00 y de los contratos de servicios PC 003/99, PC 004/99, PC 005/99, PC 008/99 y PC 009/99. Además, en el informe que acompañaba a la declaración al término de la fase de proyecto

se incrementaba el importe de los gastos no elegibles relacionados con la expropiación de tierras en la fase del proyecto en cuestión en 18.091,35 euros. Por último, afirmó que los gastos certificados en la solicitud de pago final no correspondían al importe indicado en la lista de contratos incluida en el anexo II del informe final (472.133.339,03 euros) (considerandos 90 a 93 de la Decisión impugnada).

21 En lo que atañe, en tercer lugar, a la fase de proyecto relativa a los accesos a Zaragoza (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.003), la Comisión indicó que un contrato de obras (ON 015/000) y tres contratos de servicios (PC 017/99, PC 018/99 y PC 019/99), que superan en todos los casos los umbrales de la Directiva 93/38, se modificaron después de su adjudicación a fin de introducir obras y servicios adicionales tras un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa. Según la Comisión, el importe total de la ayuda del Fondo afectada por dichas modificaciones, impuestos excluidos, es de 4.408.995,25 euros, que corresponde a 6.102.415,75 euros en concepto de gastos (considerando 122 de la Decisión impugnada).

22 En cuarto lugar, en relación con la fase de proyecto relativa al subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés) (CCI nº 2001.ES.16.C.PT.007), la Comisión puso de manifiesto que los dos contratos principales celebrados (a saber, el contrato de obras ON 004/02 y el contrato de servicios PC 023/99, que rebasaban los umbrales de la Directiva 93/38), habían sufrido modificaciones tras su adjudicación, sin convocatoria de licitación previa. Según la Comisión, debe considerarse que el importe total, impuestos excluidos, de la ayuda del Fondo afectada por dichas modificaciones, habida cuenta de las aclaraciones realizadas por el Reino de España, se eleva a 3.398.634,47 euros, que corresponde a 4.703.992,34 euros en concepto de gastos (considerando 131 de la Decisión impugnada).

23 Por último, en quinto lugar, por lo que se refiere a la fase de proyecto relativa al subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma) (CCI nº 2004.ES.16.C.PT.014), la Comisión señala que existe una diferencia por un importe de 2.459.430,66 euros, impuestos excluidos, entre el importe certificado y el importe que figura en el informe final. Además, según la Comisión, la entidad adjudicadora utilizó la «experiencia» como criterio irregular para la adjudicación del contrato de servicios PC 028/01. También se apreció la existencia de un gasto no elegible por importe de 50,10 euros, realizado fuera del período de elegibilidad (considerandos 139 a 141 de la Decisión impugnada).

Procedimiento y pretensiones de las partes

24 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 29 de abril de 2011, el Reino de España interpuso el presente recurso.

25 El Reino de España solicita al Tribunal que:

- Con carácter principal, anule la Decisión impugnada.
- Con carácter subsidiario, la anule parcialmente, por lo que se refiere a las correcciones aplicadas a las modificaciones expresamente mencionadas en el recurso, reduciendo el importe de la corrección en 27.047.647 euros.

- En todo caso, condene en costas a la institución demandada.

26 La Comisión solicita al Tribunal que:

- Desestime el recurso en su totalidad.
- Condene en costas al Reino de España.

27 Visto el informe de la Juez Ponente, el Tribunal (Sala Octava) decidió iniciar la fase oral. Se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal en el acto de la vista de 10 de mayo de 2012.

Fundamentos jurídicos

Sobre el primer motivo, basado en el incumplimiento del plazo establecido en el artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento nº 1164/94

28 El Reino de España alega que la Decisión impugnada infringe los requisitos procesales enunciados en el artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento nº 1164/94, de manera que debe anularse.

29 Según el Reino de España, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de que no se llegue a un acuerdo con el Estado miembro de que se trate en el curso de la audiencia prevista en el apartado 1 del artículo H de dicho anexo, la Comisión dispone de un plazo de tres meses para adoptar una decisión de reducción de anticipo o de correcciones financieras. Sostiene que, a falta de tal decisión en el momento de expirar el plazo, los gastos efectuados por las autoridades nacionales deben considerarse correctos. Asevera que esta disposición, que establece un plazo de caducidad, pretende garantizar el principio de seguridad jurídica que ampara a los Estados miembros, ya que la Comisión no procede a abonar el saldo resultante hasta el momento en que se adopta la Decisión definitiva. Además, el artículo 18, apartado 3, del Reglamento

nº 1386/2002 establece que el plazo de tres meses deberá contarse desde la fecha de celebración de la audiencia.

30 En el caso de autos, considera que el plazo de tres meses comenzó a correr el 23 de junio de 2010, fecha de la audiencia, por lo que la Comisión tenía la obligación de adoptar la Decisión impugnada el 23 de septiembre de 2010, a más tardar. Aduce que, aun suponiendo que el plazo hubiera empezado a correr sólo tras la recepción por parte de la Comisión de la información complementaria comunicada por el Reino de España el 23 de julio de 2010 (véase el apartado 16 *supra*), el plazo habría expirado el 23 de octubre de 2010. Ahora bien, la Decisión impugnada se adoptó el 18 de febrero de 2011.

31 En la vista, el Reino de España afirmó, en respuesta a una pregunta del Tribunal, que el plazo de tres meses mencionado en el artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento nº 1164/94, por una parte, y el plazo de tres meses mencionado en el artículo 18, apartado 3, del Reglamento nº 1386/2002, por otra parte, son dos plazos concomitantes, que comienzan a correr a partir de la fecha de celebración de la audiencia. A su juicio, el primer plazo se refiere a la obtención de un acuerdo con el Estado miembro de que se trate, mientras que el segundo se refiere a la adopción de una decisión por parte de la Comisión con objeto de efectuar las correcciones financieras necesarias y, por tanto, se incumplió.

32 Contrariamente a lo que alega el Reino de España, el Tribunal General declaró en su sentencia de 19 de noviembre de 2008, Grecia/Comisión (T-404/05, no publicada en la Recopilación), apartado 44, confirmada por el auto del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2010, Grecia/Comisión (C-43/09 P, no publicado en la Recopilación), que el artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento nº 1164/94 (véase el apartado 2 *supra*) no establece ningún plazo en el que la Comisión deba adoptar su decisión. Por otra parte, tal interpretación se desprende de modo explícito del tenor de dicha disposición. El plazo de tres meses a que se refiere afecta a la obtención de un acuerdo entre la Comisión y el Estado miembro de que se trate.

33 Si bien, ciertamente, la versión francesa del artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento nº 1164/94 dispone que, «à l'expiration d'un délai fixé par la Commission, dans le respect de la procédure applicable, en l'absence d'accord et compte tenu des observations éventuelles de l'État membre, la Commission décide, dans un délai de trois mois : [...]», el Juez de la Unión Europea ha señalado que todas las versiones lingüísticas distintas de la versión francesa de la disposición de que se trata corresponden al texto citado en el apartado 2 *supra* (sentencia Grecia/Comisión, citada en el apartado 32 *supra*, apartado 45, confirmada

por el auto Grecia/Comisión, citado en el apartado 32 *supra*). Pues bien, según reiterada jurisprudencia, la necesidad de una interpretación uniforme de los reglamentos de la Unión excluye considerar aisladamente una disposición determinada y exige, en cambio, que, en caso de duda, ésta sea interpretada y aplicada a la luz de las versiones redactadas en las demás lenguas oficiales (sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 1997, *Ebony Maritime y Loten Navigation*, C-177/95, Rec. p. I-1111, apartado 30; de 11 de noviembre de 1999, *Söhl & Söhlke*, C-48/98, Rec. p. I-7877, apartado 46, y de 27 de septiembre de 2001, *Bacardi*, C-253/99, Rec. p. I-6493, apartado 41; sentencia del Tribunal General Grecia/Comisión, citada en el apartado 32 *supra*, apartado 45).

34 A este respecto, como sostiene acertadamente la Comisión, el plazo de tres meses que establece el Reglamento n° 1164/94 en el artículo H, apartado 2, de su anexo II permite al Estado miembro de que se trate presentar a la Comisión, tras la celebración de la audiencia, información adicional, y a la Comisión tenerla en cuenta. De este modo, la Comisión sólo adoptará una decisión, tras haber tomado en consideración las eventuales observaciones del Estado miembro, cuando no se haya alcanzado un acuerdo en el plazo de tres meses.

35 En relación con la afirmación del Reino de España, sobre a la coexistencia de dos plazos de tres meses formulada en la vista (véase el apartado 31 *supra*), no puede considerarse que coexistan dos plazos distintos concomitantes, uno fijado por el artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento n° 1164/94, referido a la obtención de un acuerdo con el Estado miembro de que se trate, y el otro establecido en el artículo 18, apartado 3, del Reglamento n° 1386/2002, referido a la adopción de una decisión por parte de la Comisión a fin de proceder a las correcciones financieras requeridas.

36 Ha de señalarse que el artículo 18, apartado 3, del Reglamento n° 1386/2002 se limita a fijar la fecha a partir de la cual empieza a correr el plazo para adoptar la decisión en virtud del artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento n° 1164/94. A este respecto, como se ha recordado en el apartado 32 *supra*, el Juez de la Unión ha considerado que el artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento n° 1164/94 (véase el apartado 2 *supra*) no establece ningún plazo en el cual la Comisión deba adoptar su decisión.

37 Pues bien, un reglamento de aplicación, como el Reglamento n° 1386/2002, debe ser objeto, si es posible, de una interpretación conforme con el reglamento de base (sentencias del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 1993, *Dr. Trepper*, C-90/92, Rec. p. I-3569, apartado 11; de 10 de septiembre de 1996, *Comisión/Alemania*, C-61/94, Rec. p. I-3989, apartado

52, y de 14 de mayo de 2009, Internationaal Verhuis- en Transportbedrijf Jan de Lely, C-161/08, Rec. p. I-4075, apartado 38). Por tanto, a la luz de la jurisprudencia recordada en los apartados 32 y 33 *supra*, debe rechazarse una interpretación del artículo 18, apartado 3, del Reglamento n° 1386/2002 que implique que la Comisión dispone de un plazo de tres meses para adoptar la Decisión impugnada.

38 Por otro lado, la interpretación de estas disposiciones propuesta por el Reino de España privaría al plazo establecido en el artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento n° 1164/94 de su efecto útil, ya que tendría como consecuencia que la Comisión se vería obligada, en el supuesto de que existieran dos plazos distintos y concomitantes, a adoptar una decisión con arreglo a dicha disposición en el plazo de tres meses durante el cual intentaría llegar a un acuerdo con el Estado miembro de que se trate.

39 Habida cuenta de lo que antecede, y puesto que el artículo 18, apartado 3, del Reglamento n° 1386/2002 se limita a fijar la fecha a partir de la cual empieza a correr el plazo para la adopción de una decisión con arreglo al artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento n° 1164/94, el hecho, mencionado en la vista, de que las versiones alemana, danesa, española y neerlandesa del artículo 18, apartado 3, del Reglamento n° 1386/2002 mencionen el plazo de tres meses durante el cual la Comisión «debe adoptar» o «adoptará» una decisión, mientras que la versión eslovena se refiere, de manera más general, a la «decisión en virtud del artículo H, apartado 2, del anexo II de dicho Reglamento» y de que el resto de versiones lingüísticas de dicha disposición se refieran al plazo de tres meses durante el cual la Comisión «puede» adoptar una decisión con arreglo al artículo H, apartado 2, del anexo II de ese Reglamento carece de pertinencia en el caso de autos.

40 De ello se desprende que debe desestimarse la alegación del Reino de España según la cual la Comisión debió adoptar la Decisión impugnada antes del 18 de febrero de 2011.

41 Procede, pues, desestimar el primer motivo.

Sobre el segundo motivo, basado en la aplicación errónea del artículo 20, apartado 2, de la Directiva 93/38

42 El Reino de España afirma que la Comisión incurrió en un error al basar las correcciones financieras en la infracción del artículo 20, apartado 2, letras e) y f), de la Directiva 93/38. Señala que no procedió a realizar una contratación de prestaciones adicionales, regulada en el artículo 20, apartado 2, letras e) y f), de la Directiva 93/38, en el artículo 141, letra d), del TRLCAP y en el artículo 25, letra f), de la Ley 48/1998, ya que no hubo

prestaciones nuevas, diferentes de las inicialmente contratadas. Al contrario, asevera que lo que el Reino de España llevó a cabo fue una modificación de los contratos en la fase de ejecución de éstos, en el sentido de los artículos 101, 146, 189 y 212 del TRLCAP, alterando las prestaciones contratadas en algunos de sus elementos caracterizadores, pero manteniéndose el mismo contrato inicialmente celebrado, lo que constituye, según el Derecho nacional, un supuesto distinto al de contratación de prestaciones adicionales.

43 Según el Reino de España, la modificación contractual, que implica el mantenimiento del contrato inicial y que, en consecuencia, se diferencia de la contratación de prestaciones adicionales, no exige una nueva licitación. En su opinión, tales modificaciones no están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 20, apartado 2, letras e) y f), de la Directiva 93/38, el cual, al regular exclusivamente la fase de adjudicación de los contratos, se refiere sólo a la contratación de prestaciones adicionales, pero no a la modificación de los contratos, ya que ésta se produce no en la fase de adjudicación de los contratos sino en la de ejecución de éstos. Afirma que, de este modo, en la Decisión impugnada la Comisión incurrió en el error de equiparar la figura de la modificación contractual, prevista en los artículos 101, 146, 189 y 212 del TRLCAP, con la de la ejecución de obras adicionales, que se regula en el artículo 20 de la Directiva 93/38, en el artículo 141, letra d), del TRLCAP y en el artículo 25, letra f), de la Ley 48/1998.

44 Con carácter previo, debe señalarse que, aunque el Reino de España discute la aplicabilidad en el caso de autos del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38 a las obras adicionales sobre las que versa la Decisión impugnada, en su recurso no cuestiona, por un lado, que la entidad adjudicadora debía respetar lo dispuesto en la Directiva 93/38 al celebrar contratos relativos a las fases de proyectos a las que se refiere la Decisión impugnada y, por otro, que la infracción de las disposiciones de una directiva puede constituir una irregularidad en el sentido del artículo H, apartado 1, letra b), del anexo II del Reglamento nº 1164/94, como recordó la Comisión en el considerando 57 de la Decisión impugnada.

45 En primer lugar, debe recordarse que, según el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/38, para adjudicar sus contratos de suministros, de obras y de servicios, o para organizar sus concursos de proyectos, las entidades contratantes aplicarán los procedimientos que se adapten a las disposiciones de la misma Directiva. En virtud del artículo 4, apartado 2, de ésta, las entidades contratantes velarán por que los suministradores, los contratistas o los prestadores de servicios no sean objeto de discriminación.

46 Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia y 3-S*, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38).

47 El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110).

48 Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 111).

49 En relación con los procedimientos de adjudicación de contratos, el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 93/38 añade que las entidades contratantes pueden elegir uno de los procedimientos definidos en el artículo 1, número 7, de ésta, a saber, los procedimientos abiertos, restringidos o negociados, siempre que, salvo lo dispuesto en el artículo 20, apartado 2, de la Directiva, se haya efectuado una convocatoria de licitación con arreglo al artículo 21 de la misma Directiva. A este respecto, el artículo 20, apartado 2, letra e), de la Directiva 93/38 dispone que las entidades contratantes podrán utilizar un procedimiento sin convocatoria de licitación previa en el caso de entregas complementarias efectuadas por el proveedor y destinadas, bien a la renovación parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, bien a la ampliación de suministros o instalaciones

existentes, si el cambio de proveedor obligara al beneficiario a adquirir un material técnico diferente que sería incompatible o acarrearía dificultades técnicas de utilización y de mantenimiento desproporcionadas. Además, el artículo 20, apartado 2, letra f), de dicha Directiva 93/38 establece que las entidades contratantes podrán utilizar un procedimiento sin convocatoria de licitación previa para las obras o servicios adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato, siempre que la adjudicación se haga al contratista o prestador de servicios que ejecute el contrato inicial, por una parte, cuando dichas obras o servicios adicionales no puedan separarse técnica o financieramente del contrato principal sin grave inconveniente para las entidades contratantes o, por otra, cuando dichas obras o servicios adicionales, aunque separables de la ejecución del contrato inicial, resulten estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.

50 Contrariamente a lo que sostiene el Reino de España, cabe considerar que el artículo 20, apartado 2, letras e) y f), de la Directiva 93/38 se aplica a las modificaciones de contratos públicos acordadas durante su fase de ejecución.

51 Por un lado, como se desprende del tenor mismo de esta disposición, el artículo 20, apartado 2, letra e), de la Directiva 93/38 se aplica a las entregas «complementarias» efectuadas por el proveedor inicial, cuando el cambio de proveedor obliga a la entidad adjudicadora a adquirir un material técnico diferente incompatible o que acarrea dificultades técnicas de utilización y de mantenimiento desproporcionadas. Además, el artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38 se refiere específicamente a las obras no incluidas en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado y que resultan necesarias, por circunstancias imprevistas, «para la ejecución [del] contrato».

52 Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto que la entidad adjudicadora debe observar estrictamente las reglas que se ha fijado no sólo durante el procedimiento de adjudicación, sino, con carácter más general, hasta la finalización de la fase de ejecución del contrato en cuestión (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 115).

53 Sobre este particular, el Reino de España no puede sostener que la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, no es aplicable al caso de autos. Si bien, ciertamente, esta sentencia se refiere a un procedimiento de adjudicación realizado en el marco de la política agrícola común, el Tribunal de Justicia aplicó en ella principios que

había desarrollado en el marco de los litigios relativos a los contratos públicos.

54 En este contexto, debe señalarse que, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 120).

55 Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 121).

56 En segundo lugar, el Reino de España no puede justificar la adjudicación de contratos sin convocar una nueva licitación basándose en el hecho de que cumplió lo dispuesto en los artículos 101, 146, 189 y 212 del TRLCAP, relativos a las modificaciones de los contratos de obras, de suministros y de servicios.

57 Ante todo, debe subrayarse que las únicas excepciones lícitas a la aplicación de la Directiva 93/38 son las que están expresamente mencionadas en ella (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 89; véanse también, por analogía, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 43, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 45).

58 En segundo término, según reiterada jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta. Los Estados miembros no pueden, so pena de privar a la Directiva 93/38 de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en la citada Directiva ni dotar a los supuestos expresamente previstos por ésta de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero

de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 48, y la jurisprudencia citada).

59 Por último, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2011, Comisión/Grecia, C-601/10, no publicada en la Recopilación, apartado 41, y la jurisprudencia citada).

60 A este respecto, el hecho invocado por el Reino de España de que la legislación española permite la modificación de los contratos públicos durante la fase de ejecución de éstos, desde una fecha anterior a la adhesión del Reino de España a la Unión, carece de pertinencia, ya que las normas de la Unión en materia de contratación pública se aplican a tales contratos a partir de la fecha de adhesión de dicho Estado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, Presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 28, y la jurisprudencia citada).

61 El Reino de España tampoco puede sostener que el mecanismo de la modificación de los contratos previsto en los artículos 101, 146, 189 y 212 del TRLCAP no implica necesariamente un aumento de las prestaciones inicialmente contratadas, sino también una reducción o supresión de éstas. En efecto, consta que las fases de proyectos a que se refiere el presente recurso fueron objeto de contratos adicionales, relativos a suministros, obras o servicios complementarios que no figuraban ni en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el contrato celebrado inicialmente (véanse los considerandos 50, 90, 122 y 131 de la Decisión impugnada). Por tanto, la alegación del Reino de España carece de pertinencia en el caso de autos.

62 En tercer lugar, el Reino de España no puede sostener que la posibilidad de que la entidad adjudicadora se viera obligada a modificar las especificaciones de la prestación contratada era conocida por todos los licitadores en el momento de efectuar su oferta, ya que se recogía en los pliegos de condiciones de los diferentes contratos.

63 En efecto, procede recordar que, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra* (apartados 116, 118 y 125), se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia, o alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una

de sus condiciones esenciales. Si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.

64 Sobre este particular, el Reino de España sostiene que los pliegos de condiciones de los contratos de que se trata establecen de forma expresa y clara la posibilidad de que el contrato se modifique, los supuestos en los que procede la modificación y el procedimiento para llevarla a cabo. El Reino de España precisó en la vista, en respuesta a una pregunta del Tribunal, que el contenido de las cláusulas de los pliegos de condiciones de los contratos de que se trata consiste en una remisión a las disposiciones pertinentes de la normativa nacional y, en particular, al artículo 101 del TRLCAP, y, por lo que se refiere a los contratos públicos de obras, suministros y servicios, a los artículos 146, 189 y 212 del TRLCAP, respectivamente.

65 En sus escritos, el Reino de España cita, a título de ejemplo, por un lado, la cláusula 25 («Modificaciones del contenido del contrato») del pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente ON 004/02 (considerando 136 de la Decisión impugnada), que estipulaba que «las modificaciones del contrato solo pueden ser acordadas por el órgano de contratación por razón de interés público y siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente (Art. 101 del TRLCAP)». También indicaba que, «en todo caso, en la modificación del contrato se estar[ía] a lo dispuesto en el art. 101.2 y 3 y en el art. 146 del citado texto refundido». Por otro lado, el Reino de España se remite a la cláusula 24 («Ampliaciones del plazo de ejecución») del pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente PC 015/00. Ésta disponía:

«El plazo de ejecución de los servicios de consultoría y asistencia objeto del presente contrato, podrá ampliarse por mutuo acuerdo de las partes. En caso de ampliación del plazo de ejecución de las obras objeto de control, como consecuencia de modificaciones o prórrogas autorizadas, la duración del presente contrato se incrementará automáticamente en la misma medida.»

66 No obstante, es preciso declarar, como hizo la Comisión (considerandos 73 a 75 de la Decisión impugnada), que la mera remisión a

las disposiciones pertinentes de la normativa nacional en dichos pliegos no es suficiente para dar cumplimiento a los principios de igualdad de trato y de transparencia, recordados en los apartados 46 a 48 *supra*.

67 En relación con los ejemplos de cláusulas mencionados por el Reino de España en sus escritos (véase el apartado 65 *supra*), debe subrayarse, por un lado, como señala acertadamente la Comisión, que la cláusula 25 del pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente ON 004/02 permite a la entidad adjudicadora modificar el contrato inicial, ciertamente por razones de interés público motivadas por causas imprevistas, pero también por «necesidades nuevas». Pues bien, el uso de un criterio relativo únicamente a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación (véanse los apartados 54 y 63 *supra*). Por otra parte, la referencia a los artículos 101, apartados 2 y 3, y 146 del TRLCAP tampoco puede garantizar el respeto de los principios antes mencionados, dado que estas disposiciones se refieren, en esencia, a requisitos formales relativos al procedimiento que debe seguir la entidad adjudicadora para modificar el contrato inicial.

68 Por otro lado, la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas del expediente PC 015/00, que prevé la ampliación automática de la duración del contrato de servicios en caso de ampliación del plazo de ejecución de las obras objeto de control, como consecuencia de modificaciones o prórrogas autorizadas, no puede satisfacer los principios recordados en los apartados 46 a 48 *supra*, habida cuenta de su carácter automático.

69 Asimismo, tampoco puede acogerse la alegación del Reino de España según la cual alteró las prestaciones contratadas en algunos de sus elementos caracterizadores, pero manteniéndose el mismo contrato inicialmente celebrado, de modo que la modificación del contrato inicial no puede considerarse sustancial. Como se desprende de la jurisprudencia, con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación del contrato 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 (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46; véase, por analogía, la sentencia Presstext Nachrichtenagentur, citada en el apartado 60 *supra*, apartado 34).

70 La modificación de un contrato público en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce 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. Asimismo, una modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a obras inicialmente no previstas. Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial (véase, por analogía, la sentencia *Presstext Nachrichtenagentur*, citada en el apartado 60 *supra*, apartados 35 a 37).

71 En el caso de autos, las especificaciones técnicas que se modificaron no pueden considerarse accesorias, sino que revisten una importancia mayor, en la medida en que versan, en particular, sobre la ejecución de obras importantes (ejecución de falsos túneles, de un viaducto, profundización de cimientos, refuerzo de las armaduras de los bloques técnicos, ampliación de las obras de desagüe, etc.). Por tanto, el Reino de España no puede alegar que la obra que se ha de ejecutar continúa siendo la inicialmente prevista, es decir, la línea de ferrocarril de alta velocidad, ni que las prestaciones objeto del contrato inicialmente celebrado se mantuvieron sin alteración esencial.

72 Del conjunto de los elementos que preceden se desprende que debe desestimarse el segundo motivo.

Sobre el tercer motivo, invocado con carácter subsidiario, basado en la existencia de un error de Derecho en la aplicación del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38

73 Con carácter subsidiario, el Reino de España alega que, si el Tribunal estimase que la modificación de un contrato durante la fase de ejecución de éste debe considerarse equivalente a la contratación de obras adicionales, en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38, procedería declarar la nulidad parcial de la Decisión, dado que la «mayor parte» de las prestaciones suplementarias acordadas por las autoridades españolas sí cumplirían con los requisitos establecidos en dicha disposición, por lo que aquéllas podían adjudicarse por medio del procedimiento negociado sin publicidad.

74 Sobre este particular, el Reino de España se remite, en primer lugar, a las correcciones financieras basadas en la falta de coordinación entre las Administraciones públicas afectadas [a saber, por un lado, las modificaciones resultantes de las modificaciones realizadas a los planes

generales de ordenación urbana (en lo sucesivo, «PGOU»), y, por otro, las modificaciones derivadas de las solicitudes dirigidas a la entidad adjudicadora por diversas Administraciones públicas], en segundo lugar, a las modificaciones derivadas de otras circunstancias imprevistas surgidas al ejecutar las obras y, en tercer lugar, a las modificaciones de los contratos de servicios.

75 El Reino de España afirma que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, las modificaciones llevadas a cabo cumplen el requisito de imprevisibilidad establecido en el artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38. A su juicio, además, la interpretación estricta que procede dar a dicha disposición, y que no discute, no puede llevar a privarla por completo de eficacia. Asevera que, por tanto, la Comisión no puede limitarse a formular, respecto de las pruebas y alegaciones presentadas por el Reino de España, objeciones de carácter genérico que no están vinculadas al supuesto concreto, sino que debe aportar pruebas concretas de que la disposición ha sido aplicada erróneamente.

Sobre las alegaciones relativas a la falta de coordinación entre las Administraciones afectadas

– Sobre las modificaciones resultantes de los cambios realizados en el PGOU

76 El Reino de España alega que cinco contratos, mencionados en los considerandos 84, 108, 127 y 136 de la Decisión impugnada, debieron modificarse tras la aprobación por parte de la autoridad municipal competente de un nuevo PGOU. Asevera que, por tanto, las obras adicionales no se debieron en ningún caso a una falta de coordinación entre Administraciones ni a una imprevisión por parte de la entidad adjudicadora.

77 Sostiene el Reino de España que la competencia para adoptar el PGOU, en España, no corresponde al Estado, que ostenta otras competencias que afectan al urbanismo, sino a las Comunidades Autónomas y a los municipios, que tienen personalidad jurídica propia. De este modo, las infraestructuras ferroviarias han de tener en cuenta la planificación urbanística llevada a cabo por los municipios cuyo territorio debe atravesar una vía férrea, la cual, una vez aprobada definitivamente por la Comunidad Autónoma competente, reviste un carácter obligatorio para los ciudadanos y la Administración. Cuando las obras ferroviarias de competencia estatal vayan más allá de lo que constituye la ejecución de la infraestructura ferroviaria en sentido estricto, éstas han de acomodarse a las previsiones del planeamiento urbanístico y a sus modificaciones. Así, el planeamiento urbanístico puede afectar a las obras relacionadas con la ejecución de infraestructuras ferroviarias que no sean obras ferroviarias en

sentido estricto, aunque sí necesariamente deban ser acometidas al propio tiempo que éstas.

78 Afirma que, dado que, por un lado, en el momento de elaborar el proyecto inicial, la entidad adjudicadora no podía en modo alguno prever cuáles serían los instrumentos de planeamiento urbanístico que aprobarían los diferentes Ayuntamientos por los que transcurre la traza de la vía, y, por otro lado, que la existencia de un proyecto de obra, aun en fase de ejecución, no puede ser elemento que condicione de manera definitiva las competencias de los Ayuntamientos competentes a la hora de dar satisfacción a sus necesidades de planeamiento urbanístico, resulta imposible entender que las modificaciones contractuales derivadas de la aprobación de nuevos PGOU sean producto de la falta de coordinación entre las Administraciones competentes.

79 Como se ha recordado en el apartado 49 *supra*, se desprende del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38 que una entidad adjudicadora puede recurrir a un procedimiento sin convocatoria de licitación previa, con arreglo a determinados requisitos, para las obras o servicios adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato.

80 A este respecto, como ya se ha señalado en el apartado 58 *supra*, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación estricta. Además, la carga de la prueba de que las circunstancias excepcionales que justifican la excepción existen realmente recae sobre quien desee invocarlas (véase la sentencia Comisión/España, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 48, y la jurisprudencia citada).

81 En particular, por lo que respecta a la Directiva 93/38, el Tribunal de Justicia ha aclarado que, en la medida en que de una lectura del apartado 1 del artículo 20 de dicha Directiva, en relación con el apartado 2 del mismo artículo, se desprende que el segundo de dichos apartados constituye una excepción al primero, al prever éste los supuestos en los que una entidad adjudicadora puede recurrir a un procedimiento de adjudicación de contrato sin previa convocatoria de licitación, procede concluir que han de interpretarse de manera estricta todas las disposiciones de dicho artículo 20, apartado 2 (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, Comisión/Grecia, C-250/07, Rec. p. I-4369, apartado 35).

82 En primer lugar, teniendo en cuenta la jurisprudencia recogida en los apartados 57 a 59 *supra*, el Reino de España no puede fundarse en el hecho de que, en Derecho español, la aprobación del PGOU sea competencia de las Comunidades Autónomas y los municipios y que los proyectos de infraestructuras ferroviarias deban tener en cuenta la planificación urbanística llevada a cabo por los municipios cuyo territorio debe atravesar una vía férrea para justificar el incumplimiento del artículo 20 de la Directiva 93/38.

83 En relación, por otro lado, con la referencia realizada por el Reino de España al artículo 160, apartado 4, letra e), de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE nº 315, de 31 de diciembre de 1996, p. 38974), que se remitía al artículo 244 del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio de 1992 (BOE nº 156, de 30 de junio de 1992, p. 22238), es obligado declarar que, según esta última disposición, la administración ferroviaria no precisa de autorización municipal, salvo en los casos en los que sea necesario ejecutar obras públicas que tuviesen asignado el carácter de urgentes o de excepcional interés público que, si no son conformes con los PGOU, justifican el inicio de un procedimiento al que pone fin una resolución del Consejo de Ministros. Ahora bien, el Reino de España no afirma que se haya incoado este procedimiento en el caso de autos.

84 En segundo lugar, ha de considerarse que incumbía a la entidad adjudicadora, durante la fase de redacción del proyecto, actuar con toda la diligencia requerida, y, concretamente, obtener un consenso previo sobre las soluciones proyectadas con los municipios afectados durante ese período.

85 Ahora bien, es necesario señalar que el Reino de España no aporta prueba alguna de que se hubieran realizado contactos previos a la firma del contrato inicial entre la entidad adjudicadora y los municipios cuyo territorio se vería afectado por las obras que habían de realizarse en el marco de los proyectos de que se trata. Toda vez que, como afirma el Reino de España, los municipios disponen de competencias de gestión y ejecución en materia urbanística, incumbía a la entidad adjudicadora llevar a cabo las actuaciones necesarias para obtener información sobre el PGOU en vigor en los municipios afectados y las posibles modificaciones que éstos pensaban realizar. En el presente asunto, es necesario declarar que el Reino de España no ha demostrado la existencia de concertación alguna antes de la publicación del anuncio de licitación.

86 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede declarar que el Reino de España no ha demostrado que las modificaciones

controvertidas se debieran a circunstancias imprevistas en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38.

87 Por consiguiente, debe desestimarse la alegación del Reino de España.

– Sobre las modificaciones derivadas de las peticiones dirigidas a la entidad adjudicadora por diversas Administraciones públicas

88 El Reino de España alega que diez contratos, mencionados en el considerando 108 de la Decisión impugnada, debieron ser modificados debido a la necesidad de dar satisfacción a las peticiones dirigidas a la entidad adjudicadora por parte de distintas Administraciones públicas a consecuencia de los trastornos que la ejecución de la obra ocasiona a los intereses públicos que les corresponde tutelar y ello a pesar de que los proyectos iniciales se sometieron a una evaluación de impacto ambiental. Afirma que las consecuencias prácticas de las grandes obras públicas, y sus consiguientes efectos sobre los intereses públicos afectados, sólo se manifiestan una vez que ha comenzado su ejecución, de manera que la única salida que permite conciliar todos los intereses públicos afectados es la de aplicar la figura de la modificación de los contratos de obra en fase de ejecución. El Reino de España entiende que esta situación no implica, tal como defiende la Comisión, una falta de previsión o diligencia por parte de la entidad adjudicadora, ni la inexistencia de las preceptivas consultas a los posibles interesados.

89 En primer lugar, como se ha recordado en los apartados 58, 80 y 81 *supra*, el artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38 ha de interpretarse de manera estricta y la carga de la prueba de la existencia real de las circunstancias excepcionales que justifican la excepción recae sobre quien desee invocarla. En el caso de autos, debe declararse que, en la demanda, el Reino de España se limita a formular un argumento genérico relativo a la necesidad de dar satisfacción a las peticiones dirigidas a la entidad adjudicadora por parte de distintas Administraciones públicas. Sin embargo, el Reino de España no profundiza en esta argumentación ni precisa el carácter imprevisto, en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38, de los trastornos que la ejecución de la obra ocasiona a los intereses públicos que corresponde tutelar a dichas Administraciones.

90 En segundo lugar, habida cuenta de los principios recordados en los apartados 79 a 81 *supra*, incumbía a la entidad adjudicadora, durante la fase de redacción del proyecto, actuar con toda la diligencia requerida, y, concretamente, obtener un consenso previo sobre las soluciones proyectadas con los municipios afectados durante ese período. Pues bien,

aunque ciertamente el Reino de España indica que, «en la generalidad de los contratos» controvertidos, los proyectos iniciales fueron sometidos a evaluación de impacto ambiental, no aporta ningún dato que permita demostrar que éstos fueron cuando menos objeto de consulta con los organismos públicos y privados afectados durante la redacción de dichos proyectos.

91 Ante todo, debe señalarse sobre este particular que, como sostiene la Comisión, algunas entidades emitieron dictámenes o cursaron peticiones una vez realizada la publicación de los anuncios de licitación, lo que parece indicar que no fueron consultadas antes de su redacción.

92 Seguidamente, se desprende de un dossier de prensa (Manifiesto de Poblet), remitido a la Comisión por las autoridades españolas, para justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa establecido en el artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38, que algunos organismos públicos formularon solicitudes a la entidad adjudicadora en relación con los proyectos controvertidos incluso antes de la publicación de dichos anuncios de licitación. Toda vez que estas solicitudes son anteriores a la publicación y a la adjudicación de los contratos litigiosos, no pueden considerarse circunstancias imprevistas en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38.

93 Por último, en lo que atañe a la alegación del Reino de España según la cual, por lo que respecta a dicho manifiesto, «la solicitud formulada por los Ayuntamientos no fue invocada como la causa imprevista que justificó la modificación contractual, sino como una circunstancia más concurrente, [...] [por lo que] la verdadera causa imprevista que determinó la procedencia de acordar la modificación contractual fue el cambio en las condiciones geológicas con respecto a las contempladas en proyecto», procede considerar que el Reino de España no la sustenta en pruebas. Aun suponiendo que el Reino de España se refiera, en este contexto, a la supuesta modificación de las condiciones geológicas a que se refiere la segunda serie de alegaciones del presente motivo (véanse los apartados 96 a 103 *supra*), su alegación debe desestimarse, ya que dichas alegaciones no guardan relación con los contratos mencionados en el apartado 78 de la demanda. Por tanto, la alegación del Reino de España no puede prosperar.

94 Se deduce de las consideraciones anteriores que el Reino de España no ha demostrado que las modificaciones resultantes de las peticiones dirigidas a la entidad adjudicadora por determinadas Administraciones públicas se debieran a circunstancias imprevistas, en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38.

95 Por tanto, no cabe acoger las alegaciones del Reino de España.

Sobre los motivos relativos a las modificaciones derivadas de otras circunstancias imprevistas descubiertas al ejecutar las obras

96 El Reino de España sostiene que veintiocho contratos, a los que se refieren los considerandos 84, 108, 127 y 136 de la Decisión impugnada, debieron modificarse a consecuencia de «otra serie de circunstancias de diversos tipos, que no pudieron preverse en los correspondientes proyectos iniciales». Además, afirma que cinco contratos, recogidos en el considerando 108 de la Decisión impugnada, debieron modificarse debido a las divergencias entre la calidad del terreno que se esperaba encontrar a la vista de los estudios realizados y la calidad que se manifestó en la realidad una vez que comenzó la ejecución de la obra.

97 En primer lugar, debe declararse, en relación con los veintiocho contratos mencionados en el apartado anterior, que el Reino de España ni explica ni justifica las supuestas circunstancias imprevistas que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa, de modo que, habida cuenta de la jurisprudencia recordada en los apartados 80 y 81 *supra*, su alegación no puede acogerse.

98 En segundo lugar, por lo que respecta a los cinco contratos sobre los que versa el considerando 108 de la Decisión impugnada, mencionados igualmente en el apartado 96 *supra*, que debieron modificarse debido a la calidad del terreno, el Reino de España aportó dos informes técnicos, a saber, por un lado, una nota del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, de 9 de marzo de 2010 (en lo sucesivo, «nota de 9 de marzo de 2010»), y, por otro, un informe del Instituto y Laboratorio de Geotecnia de la Universidad Técnica de Darmstadt (Alemania) (en lo sucesivo, «informe pericial»). El Reino de España se basa además en el respeto de los requisitos establecidos en la normativa nacional

99 Sin embargo, como señaló la Comisión, las observaciones contenidas en la nota de 9 de marzo de 2010 y en el informe pericial son genéricas, no están vinculadas al caso concreto y no permiten demostrar que existieran realmente en el caso de autos circunstancias imprevistas que justificaran la excepción.

100 Por una parte, en relación con la nota de 9 de marzo de 2010, debe señalarse que da una opinión general sobre los métodos que suele utilizar la entidad adjudicadora en la elaboración de estudios geotécnicos para la realización de proyectos de plataforma ferroviaria. No obstante, como señala acertadamente la Comisión, dicha nota no aporta dato alguno sobre los trabajos de prospecciones y ensayos que se realizaron en los terrenos específicos en los que se proyectaron las obras en cuestión

antes de la licitación de los contratos iniciales en causa. Por tanto, no puede demostrar la existencia de las circunstancias imprevistas recogidas en el artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38.

101 Por otra parte, por lo que se refiere al informe pericial, ha de señalarse que es un estudio de carácter general acerca de la interacción entre la prospección geotécnica y el «riesgo del terreno» y que su autor se apoya, concretamente, sobre este particular, en su experiencia relativa a proyectos de infraestructuras realizados en Alemania. Sin embargo, el informe pericial no aporta explicaciones sobre las medidas adoptadas por la entidad adjudicadora en el caso de autos, en la fase de redacción del proyecto en cuestión, a fin de minimizar tal riesgo.

102 A este respecto, sin que proceda pronunciarse sobre el grado de diligencia exigida a las entidades adjudicadoras en el marco de proyectos como los del presente asunto, el Reino de España no puede alegar que la nota de 9 de marzo de 2010 y el informe pericial demuestren que «la técnica empleada por [la entidad adjudicadora] para el diseño del proyecto inicial de los contratos fue absolutamente diligente». En efecto, aun suponiendo que la diligencia con la que haya obrado con carácter general la entidad adjudicadora se derive realmente de dichos documentos, no se ha demostrado que haya actuado realmente con tal diligencia, en relación específicamente con las fases de proyecto controvertidas en el litigio principal.

103 Toda vez que el Reino de España no invoca la menor argumentación que tenga por objeto poner en tela de juicio de manera específica las conclusiones que figuran en el considerando 108 de la Decisión impugnada, no pueden estimarse las alegaciones formuladas en el marco de la presente parte.

Sobre las alegaciones relativas a las modificaciones de los contratos de servicios

104 El Reino de España sostiene que debieron modificarse veintidós contratos que se encuentran íntimamente relacionados con un contrato de obras determinado, ya que su objeto está compuesto, por un lado, por la elaboración de los proyectos, y, por otro, por el control y vigilancia de las obras durante toda su fase de ejecución. Considera que, en los casos, como el que nos ocupa, en que resulta necesario acordar modificaciones de las obras por causas imprevisibles, es preciso incrementar del mismo modo la duración del plazo de prestación del servicio de control de las mismas. Además, aduce que los pliegos de prescripciones técnicas de dichos contratos precisaron que, en el caso de que, finalizado el plazo establecido para la realización de los trabajos, las obras no se hubieran terminado, se

prorrogaría el contrato de servicios a tenor de las condiciones definidas en los pliegos de cláusulas administrativas.

105 Es preciso señalar, como ha hecho la Comisión (considerando 84 de la Decisión impugnada), que la simple referencia a la prolongación de la duración del contrato de obra vinculado al contrato de servicios no es una circunstancia que justifique la prolongación del contrato de servicios sin convocatoria de licitación previa (véase el apartado 71 *supra*). En efecto, la mera prórroga de los contratos de obra controvertidos no puede constituir, por sí misma, una circunstancia imprevista, en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38.

106 Además, ha de desestimarse la alegación del Reino de España basada en el hecho de que los servicios en que consiste la modificación contractual resultan técnicamente inseparables de los ya prestados, puesto que, por un lado, se trata del control del desarrollo de la misma obra que ya se estaba controlando, y, por otro, debido al riesgo de que exista una falta de continuidad hasta que el nuevo contratista adquiera el necesario conocimiento sobre la situación de la obra a controlar. En efecto, como pone de manifiesto la Comisión sin que la contradiga el Reino de España, los servicios controvertidos no presentan dificultades particulares. Asimismo, el Reino de España no presenta elementos que permitan concluir la existencia de tal complejidad de los servicios controvertidos que justifique que se confíen al mismo prestador (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 27, y de 14 de septiembre de 2004, Comisión/Italia, C-385/02, Rec. p. I-8121, apartado 21).

107 En todo caso, cabe señalar que la cláusula 24 («Ampliaciones del plazo de ejecución») del pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente PC 015/00, relativa a la prórroga de los contratos de servicios, mencionado a título de ejemplo por el Reino de España (véase el apartado 65 *supra*), se refiere expresamente a la prórroga del contrato de servicios en el supuesto de que se amplíe el plazo de ejecución de las obras objeto de control, «como consecuencia de modificaciones o prórrogas autorizadas». Ahora bien, se desprende de las consideraciones anteriores que las modificaciones llevadas a cabo no se pueden considerar modificaciones o prórrogas autorizadas, de modo que no pueden justificar la prórroga automática del contrato de servicios de que se trata.

108 De ello se deduce que deben desestimarse las presentes alegaciones, y el motivo en su integridad.

109 Por consiguiente, procede desestimar el recurso en su totalidad.

Costas

110 A tenor del artículo 87, apartado 2 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

111 Por haber sido desestimadas las pretensiones del Reino de España, procede condenarlo en costas, de conformidad con lo solicitado por la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava)

decide:

- 1) **Desestimar el recurso.**
- 2) **Condenar en costas al Reino de España.**

Truchot

Martins Ribeiro

Popescu

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 31 de enero de 2013.

Firmas

Índice

Normativa de la Unión Europea

Normativa nacional

Antecedentes del litigio

Decisión impugnada

Procedimiento y pretensiones de las partes

Fundamentos jurídicos

Sobre el primer motivo, basado en el incumplimiento del plazo establecido en el artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento nº 1164/94

Sobre el segundo motivo, basado en la aplicación errónea del artículo 20, apartado 2, de la Directiva 93/38

Sobre el tercer motivo, invocado con carácter subsidiario, basado en la existencia de un error de Derecho en la aplicación del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38

Sobre las alegaciones relativas a la falta de coordinación entre las Administraciones afectadas

– Sobre las modificaciones resultantes de los cambios realizados en el PGOU

– Sobre las modificaciones derivadas de las peticiones dirigidas a la entidad adjudicadora por diversas Administraciones públicas

Sobre los motivos relativos a las modificaciones derivadas de otras circunstancias imprevistas descubiertas al ejecutar las obras

Sobre las alegaciones relativas a las modificaciones de los contratos de servicios

Costas

.....

Asunto C-454/06

presstext Nachrichtenagentur GmbH

contra

Republik Österreich (Bund) y otros

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesvergabeamt)

«Contratos públicos — Directiva 92/50/CEE — Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios — **Concepto de “adjudicación de contrato”**»

Sumario de la sentencia

1. *Aproximación de las legislaciones — Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios — Directiva 92/50/CEE — Adjudicación de contrato — Concepto — Modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste*

(Directiva 92/50/CEE del Consejo, arts. 3, ap. 1, 8 y 9)

2. *Aproximación de las legislaciones — Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios — Directiva 92/50/CEE — Adjudicación de contrato — Concepto — Modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste*

(Directiva 92/50/CEE del Consejo, arts. 3, ap. 1, 8 y 9)

3. *Aproximación de las legislaciones — Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios — Directiva 92/50/CEE — Adjudicación de contrato — Concepto — Modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste*

(Directiva 92/50/CEE del Consejo, arts. 3, ap. 1, 8 y 9)

1. El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

En efecto, 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. La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce 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.

A este respecto, si bien es verdad que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye una modificación sustancial del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, no es menos cierto que una reorganización interna de la otra parte contratante no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial. Por tanto, cuando la nueva parte contratante es una filial al 100 % de la anterior parte contratante, esta última dispone de un poder de dirección sobre aquélla y estas dos entidades están vinculadas por un contrato de transferencia de pérdidas y beneficios,

tal modificación no constituye el cambio de un término esencial del contrato que pueda calificarse de nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50.

(véanse los apartados 34, 35, 40 y 43 a 45 y el punto 1 del fallo)

2. El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

En efecto, 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. La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce 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.

A este respecto, cuando, a consecuencia del paso al euro, un contrato existente se modifique en el sentido de que los precios inicialmente expresados en moneda nacional se conviertan en euros, no se trata de una modificación sustancial del contrato, sino únicamente de una adaptación de éste a circunstancias externas modificadas, siempre y cuando los importes en euros se redondeen conforme a las disposiciones vigentes. Además, dicha conversión en euros de los precios de un contrato vigente puede acompañarse de un ajuste de su importe intrínseco, aun sobrepasando el importe autorizado por las disposiciones relativas a la introducción del euro, sin que de ello resulte una nueva adjudicación de contrato, a condición de que tal ajuste sea mínimo y se justifique de manera objetiva, como ocurre en el caso de que pretenda facilitar la ejecución del contrato, por ejemplo, al simplificar las operaciones de facturación. Respecto a la reformulación de la cláusula de indexación, procede estimar que la referencia a un nuevo índice de precios no supone una modificación de las condiciones esenciales del contrato inicial que pueda constituir una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50, en la medida

en que esta reformulación se limita a aplicar estipulaciones del contrato marco en lo que atañe a la puesta al día de la cláusula de indexación.

(véanse los apartados 34, 35, 57, 58, 61, 68 y 69 y el punto 2 del fallo)

3. El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular.

En efecto, dado que, para determinar si la adopción de una nueva cláusula de renuncia a la resolución constituye una nueva adjudicación de contrato, el criterio pertinente es el de dilucidar si dicha cláusula debe considerarse una modificación sustancial del contrato inicial, una cláusula que no suponga un riesgo de falsear la competencia, en detrimento de nuevos licitadores potenciales, no puede calificarse de tal modificación sustancial y, por tanto, no constituye una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50.

Por lo que respecta al incremento del descuento previsto por un acuerdo adicional que tiene un efecto económico comparable a una reducción del precio y que, por consiguiente, puede considerarse comprendido en las cláusulas establecidas en el contrato marco, no debe considerarse que dicho incremento constituya una modificación sustancial del contrato y, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50. Además, por un lado, el aumento del descuento, cuyo efecto es reducir la remuneración percibida por el adjudicatario respecto a la inicialmente prevista, no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario. Por otro lado, el mero hecho de que la entidad adjudicadora obtenga un descuento más elevado sobre una parte de las prestaciones que son objeto del contrato no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales.

(véanse los apartados 76, 79, 80 y 83 a 87 y el punto 3 del fallo)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 19 de junio de 2008 (*)

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0454:ES:HTML>

«Contratos públicos – Directiva 92/50/CEE – Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios – **Concepto de “adjudicación de contrato”**»

En el asunto C-454/06,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesvergabeamt (Austria), mediante resolución de 10 de noviembre de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 13 de noviembre de 2006, en el procedimiento entre

pressetext Nachrichtenagentur GmbH

y

Republik Österreich (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. A. Rosas, Presidente de Sala, y los Sres. U. Löhmus, J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), A. Ó Caoimh y A. Arabadjiev, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sr. B. Fülöp, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 24 de enero de 2008;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de pressetext Nachrichtenagentur GmbH, por el Sr. G. Estermann, Rechtsanwalt;

– en nombre de la Republik Österreich (Bund), por los Sres. A. Schittengruber y C. Mayr, en calidad de agentes;

- en nombre APA-OTS Originaltext-Service GmbH y APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, por el Sr. J. Schramm, Rechtsanwalt;
- en nombre del Gobierno austriaco, por los Sres. M. Fruhmann y C. Mayr, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno francés, por el Sr. J.-C. Gracia, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno lituano, por el Sr. D. Kriaučiūnas, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. D. Kukovec y R. Sauer, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 13 de marzo de 2008;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), y de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), modificada por la Directiva 92/50 (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre presstext Nachrichtenagentur GmbH (en lo sucesivo, «PN»), por un lado, y la Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH (en lo sucesivo, «APA-OTS») y APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (en lo sucesivo, «APA»), por otro lado, en relación con un contrato sobre servicios de agencia de prensa.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/50 dispone:

«Las entidades adjudicadoras aplicarán procedimientos adaptados a las disposiciones de la presente Directiva al adjudicar contratos públicos de servicios y al convocar concursos.»

4 A tenor del artículo 8 de esta Directiva:

«Los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI.»

5 Según el artículo 9 de dicha Directiva:

«Los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I B se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los artículos 14 y 16.»

6 El artículo 10 de la misma Directiva establece:

«Los contratos que tengan por objeto los servicios que figuran tanto en el Anexo I A como en el Anexo I B se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI cuando el valor de los servicios del Anexo I A sea superior al valor de los servicios del Anexo I B. En los demás casos, se adjudicarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 16.»

7 El artículo 11, apartado 3, de dicha Directiva dispone:

«Las entidades adjudicadoras podrán adjudicar contratos públicos de servicios por procedimiento negociado, sin publicar previamente un anuncio de licitación, en los siguientes casos:

[...]

e) cuando se trate de servicios complementarios que no figuren en el proyecto inicialmente contemplado ni en el primer contrato celebrado pero que, como consecuencia de circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la realización del servicio tal como estaba descrito, siempre que la adjudicación recaiga en el prestador de servicios que preste dicho servicio:

– cuando esos servicios complementarios no puedan separarse del contrato principal técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o

– cuando, aun siendo posible separar esos servicios de la ejecución del contrato inicial, resulten absolutamente necesarios en fases ulteriores.

En cualquier caso, el valor total estimado de los contratos adjudicados para la prestación de servicios complementarios no podrá superar el 50 % del importe del contrato principal;

f) cuando se trate de servicios nuevos que consistan en la repetición de otros similares que hayan sido confiados al proveedor de servicios titular de un primer contrato por las mismas entidades adjudicadoras, siempre que se ajusten a un proyecto de base que haya sido objeto de un primer contrato adjudicado con arreglo a los procedimientos mencionados en el apartado 4. En el momento en que se publique el anuncio de licitación del primer proyecto, deberá comunicarse la posibilidad de recurrir al procedimiento negociado, y los poderes adjudicadores deberán tomar en consideración el coste total estimado de los servicios subsiguientes al aplicar las disposiciones del artículo 7. Este procedimiento únicamente podrá aplicarse durante los tres años siguientes a la celebración del contrato inicial.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

8 APA se constituyó en Austria, como cooperativa registrada de responsabilidad limitada, tras la Segunda Guerra Mundial. La práctica totalidad de los diarios austriacos, así como la radiotelevisión austriaca, la ORF, eran miembros de esta cooperativa. Junto con sus filiales, APA es el principal operador del mercado austriaco de agencias de prensa y realiza para la Republik Österreich (Bund) diversas prestaciones de agencia de prensa.

9 PN actúa en el mercado austriaco de agencias de prensa desde el año 1999, pero no ha elaborado más que un número muy reducido de comunicados de prensa para las autoridades federales austriacas. PN emplea menos periodistas colaboradores que APA y no dispone de archivos tan extensos como los de esta última.

10 En el transcurso del año 1994, es decir, antes de su adhesión a la Unión Europea, la Republik Österreich (Bund) celebró un contrato (en lo sucesivo, «contrato marco») con APA, que prevé la prestación de determinados servicios a cambio de una remuneración. Este contrato permite en esencia a las autoridades federales austriacas consultar y utilizar información de actualidad (función denominada «servicio básico»), solicitar información y comunicados de prensa de carácter histórico procedentes de una base de datos de APA denominada «APADok», así como utilizar el servicio de textos originales de APA, denominado «OTS», tanto para su información como para la difusión de sus propios comunicados de prensa. La base de datos APADok contiene los datos del servicio básico desde el 1 de enero de 1988 y los comunicados tratados por el servicio OTS desde el 1 de junio de 1989.

11 El contrato marco se formalizó por tiempo indefinido, sin perjuicio de una cláusula por la que las partes renunciaban a la resolución de éste hasta el 31 de diciembre de 1999.

12 El artículo 2, letra c), del contrato marco establecía:

«Por las consultas en línea de los servicios de información de APA definidos en el artículo 1, APA facturará como retribución por la explotación del sistema de tratamiento electrónico de datos, por minuto CPU (tiempo neto), un precio correspondiente a la tarifa de consumo más baja del baremo oficial (actualmente 67 ATS, impuestos excluidos, por minuto CPU) menos un 15 %.»

13 Este contrato comprendía también disposiciones relativas a la fecha del primer incremento de los precios, al importe máximo de cada incremento y a la indexación de los precios sobre la base del índice de precios de consumo del año 1986, tomando como valor de referencia el índice calculado para el año 1994. A este respecto, el artículo 5, apartado 3, de dicho contrato preveía, en particular, que «se acuerda expresamente que los valores de las remuneraciones previstas en el artículo 2, letras a) y b), permanecerán constantes. Para el cálculo de la indexación, se partirá del índice de precios de consumo 86 (VPI 86) publicado por la Oficina Central de Estadísticas austriaca (ÖSTAT) o del índice posterior que lo sustituya».

14 En septiembre de 2000, APA fundó la sociedad de responsabilidad limitada APA-OTS, filial de la que posee el 100 % de las participaciones. Entre ambas sociedades existe un acuerdo de transferencia de pérdidas y ganancias conforme al cual, según información de APA y de APA-OTS, esta última está integrada financiera, administrativa y económicamente en APA y ha de proceder operativamente con arreglo a las instrucciones de APA. Además, APA-OTS está obligada a entregar sus beneficios anuales a APA, que, por su parte, debe cubrir, en su caso, las pérdidas anuales de APA-OTS.

15 En septiembre de 2000, APA transfirió a APA-OTS sus actividades relativas al servicio OTS. Esta modificación fue comunicada a la Republik Österreich (Bund) en octubre de 2000. Un representante autorizado de APA aseguró a las autoridades austriacas que, tras esta transferencia de actividades, APA respondería solidariamente junto con APA-OTS y que nada cambiaría en el desarrollo del servicio en su conjunto. Las autoridades austriacas dieron su consentimiento para que el servicio OTS fuera prestado por APA-OTS y, desde entonces, abonar directamente las remuneraciones por dichos servicios a APA-OTS.

16 Además, las disposiciones del contrato marco fueron modificadas por un acuerdo adicional celebrado en el año 2001 y que entró en vigor el 1 de enero de 2002. Con ocasión de la introducción del euro, este nuevo acuerdo adaptó el contrato inicial, tal como se indica en los apartados 17 a 20 de la presente sentencia.

17 En primer lugar, el importe de la remuneración anual por la utilización de los artículos de redacción y de los archivos de medios, de 10.080.000 ATS, se sustituyó por el de 800.000 euros. Debido a la cláusula de indexación, el precio correspondiente al año 2002 habría sido de 11.043.172 ATS (redondeado con la entrada del euro en 802.538,61 euros). Se decidió no adoptar este importe, sino la cifra redonda de 800.000 euros, lo que equivale a una reducción del 0,3 %.

18 En segundo lugar, el precio fijado para las consultas en línea de los servicios de información de APA, que era de 67 ATS por minuto, se sustituyó por un precio de 4,87 euros por minuto. Salvo por el redondeo efectuado con ocasión de la entrada del euro, el importe intrínseco de este precio no fue modificado.

19 En tercer lugar, para el cálculo de la indexación, el índice calculado para el año 1994 sobre la base del índice de precios de consumo del año 1986 fue sustituido, como punto de referencia, por el índice calculado para el año 2001 sobre la base del índice de precios de consumo del año 1996. A este respecto, el primer acuerdo adicional modificó concretamente el artículo 5, apartado 3, del contrato marco en los siguientes términos:

«Se acuerda expresamente que los valores de las remuneraciones previstas en el artículo 2, letras a) y b), permanecerán constantes. Para el cálculo de la indexación, se partirá del índice de precios de consumo 96 (VPI 96) publicado por la Oficina Central de Estadísticas austriaca (ÖSTAT) o del índice posterior que lo sustituya.»

20 En cuarto lugar, como excepción a este mecanismo de indexación, determinados precios quedaron fijados inmediatamente para los años 2002 a 2004. Así, el precio de 8,50 ATS por línea para la inserción de comunicados de prensa en el servicio OTS se sustituyó por precios fijos de 0,66 euros por línea para el año 2002, 0,67 euros para el año 2003 y 0,68 euros para el año 2004. Si se hubiera aplicado la cláusula de indexación, el precio debería haber ascendido a 9,31 ATS por línea (redondeado en 0,68 euros por línea) para el año 2002. Por tanto, el precio se redujo en un 2,94 % para el año 2002 y en un 1,47 % para el año 2003.

21 Un segundo acuerdo adicional concluido en octubre de 2005 y que entró en vigor el 1 de enero de 2006 introdujo dos nuevas modificaciones al contrato marco. Mediante este segundo acuerdo adicional, se modificó el contrato marco tal como se indica en los apartados 22 y 23 de la presente sentencia.

22 Por un lado, la renuncia a la resolución, acordada en el contrato marco hasta el 31 de diciembre de 1999, se estableció de nuevo hasta el 31 de diciembre de 2008.

23 Por otro lado, el descuento concedido en el precio de las consultas en línea de los servicios de información de APA, fijado en un 15 % en el contrato marco, se incrementó hasta el 25 %. A este respecto, el segundo acuerdo adicional modificó el artículo 2, letra c), del contrato marco en los siguientes términos:

«Las siguientes disposiciones del [contrato marco modificado por el primer acuerdo adicional] quedan modificadas, a partir del 1 de enero de 2006, según se expone a continuación:

1. En el artículo 2, letra c), el porcentaje del 15 % se sustituye por el del 25 %.

[...]»

24 En el transcurso del año 2004, PN ofreció a la Republik Österreich (Bund) sus servicios de agencia de prensa, pero tal oferta no desembocó en la celebración de un contrato.

25 Mediante recursos interpuestos los días 4 y 19 de julio de 2006, PN solicitó al Bundesvergabeamt que declarase, con carácter principal, que la división del contrato marco tras la reestructuración de APA en el año 2000, así como los acuerdos adicionales concluidos en 2001 y 2005, que ella califica de «adjudicaciones *de facto*», eran ilícitas y, con carácter subsidiario, que estimara que la elección de los diversos procedimientos de adjudicación en cuestión era ilegal.

26 Respecto a los plazos para recurrir, el Bundesvergabeamt expone que, si bien las operaciones controvertidas se efectuaron en los años 2000, 2001 y 2005, el recurso utilizado en Derecho nacional contra las adjudicaciones de contratos ilegales (es decir, una solicitud de declaración con efecto resolutorio del contrato) no se introdujo hasta más tarde, con efectos a partir del 1 de febrero de 2006. El plazo previsto para la interposición de dicho recurso es de seis meses desde la fecha de la adjudicación ilícita. El órgano jurisdiccional remitente estima oportuna la aplicación del artículo 1496 del Código Civil austriaco según el cual, si no puede ejercerse el mecanismo de tutela establecido, no puede transcurrir el plazo de prescripción, siempre que tal aplicación sea conforme con el Derecho comunitario.

27 En estas circunstancias, el Bundesvergabeamt decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿[Debe] interpretarse el término “adjudicar” del artículo 3, apartado 1, y [...] de los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50 [...] en el sentido de que [comprende] supuestos en los que la entidad adjudicadora proyecta obtener en el futuro prestaciones de una empresa que reviste la forma de una sociedad de capital, si estos servicios habían sido prestados anteriormente por otro prestador que, por una parte, es socio único de la futura empresa prestadora de los servicios y, por otra parte, controla a ésta a través de instrucciones? En tal supuesto, ¿tiene relevancia jurídica que la entidad adjudicadora no tenga la seguridad de que las participaciones sociales en la futura empresa prestadora no sean transmitidas en todo o en parte a terceros durante el período total de vigencia de la contrata original y tampoco tenga la seguridad de que la composición accionarial de la empresa prestadora del servicio, que originariamente revestía la forma de cooperativa, no se transforme en el curso del período total de vigencia del contrato?

2) ¿[Debe] interpretarse el término “adjudicar” del artículo 3, apartado 1, y [...] de los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50 [...] en el sentido de que [comprende] supuestos en los que la entidad adjudicadora acuerda con los prestadores del servicio, durante el período de vigencia del contrato celebrado por tiempo indefinido para prestar conjuntamente un servicio, modificaciones de la retribución de determinadas prestaciones contractuales y transforma una cláusula de garantía del valor, si tales transformaciones dan lugar a una modificación de la retribución y tienen lugar a raíz de la introducción del euro?

3) ¿[Debe] interpretarse el término “adjudicar” del artículo 3, apartado 1, y [...] de los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50 [...] en el sentido de que [comprende] supuestos en los que, durante el período de vigencia del contrato celebrado por tiempo indefinido para prestar conjuntamente un servicio, la entidad adjudicadora acuerda con el prestador del servicio, en el marco de una modificación del contrato, por una parte, la prórroga por tres años de una renuncia a la resolución que ya no estaba vigente en el momento de celebrar el nuevo contrato, habida cuenta de que, por otra parte, en esta modificación del contrato se fija además una rebaja superior a la acordada hasta ese momento para determinadas retribuciones vinculadas a la magnitud de las prestaciones en un ámbito determinado de la prestación?

4) Si se responde afirmativamente a las tres primeras cuestiones, en el sentido de que existe efectivamente una adjudicación: ¿deben interpretarse el artículo 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50 [...] u otras disposiciones comunitarias, especialmente el principio de transparencia, en el sentido de que permiten a una entidad adjudicadora

adjudicar la prestación de servicios en un único contrato mediante un procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, cuando parte de las prestaciones incluidas estén sometidas a la obligación de respetar derechos exclusivos como los mencionados en el artículo 11, apartado 3, letra b), de la citada Directiva? ¿O, por el contrario, el principio de transparencia u otras normas comunitarias obligan, al adjudicar la prestación de servicios que, en su mayor parte, no son prioritarios, a publicar no obstante un anuncio de licitación antes de proceder a la adjudicación, para permitir a las empresas interesadas comprobar si se adjudican efectivamente servicios sometidos a una norma de protección de derechos exclusivos? ¿O, en tal caso, obligan las disposiciones comunitarias sobre adjudicación de contratos públicos a adjudicar la prestación de servicios únicamente en procedimientos de adjudicación separados, dependiendo de la existencia o inexistencia de derechos exclusivos, con el fin de permitir la competencia, aunque sólo sea parcialmente?

5) Si se responde a la cuarta cuestión en el sentido de que la entidad adjudicadora puede adjudicar, en un único procedimiento de adjudicación, la prestación de servicios no sometidos a la protección de derechos exclusivos junto con la adjudicación de servicios sometidos a la protección de derechos exclusivos: en caso de que una empresa no esté facultada para disponer de información protegida por derechos exclusivos de otra empresa, que ocupa una posición de dominio del mercado, ¿puede aquélla justificar su capacidad, conforme a las normas sobre adjudicación de contratos, para prestar la totalidad del servicio a la entidad adjudicadora, invocando el artículo 82 CE y la obligación, que impone este artículo a la empresa que dispone de los datos y que ocupa una posición dominante en un Estado miembro, de transmitir la información en condiciones razonables?

6) Si se responde a las cuestiones primera, segunda y tercera en el sentido de que la cesión de contrato parcial acaecida en 2000 o una o las dos modificaciones de contrato mencionadas constituyen adjudicaciones nuevas y, además, si se responde a la cuarta cuestión en el sentido de que se debía adjudicar separadamente un contrato de servicios no sometidos a derechos exclusivos o de que, al adjudicar el conjunto del contrato de servicios (en el presente asunto, comunicados de prensa, servicios básicos y derecho de uso de la base de datos APADok), la entidad adjudicadora debería haber publicado previamente el anuncio de licitación a efectos de transparencia y de posibilidad de controlar la adjudicación proyectada: ¿deben interpretarse los conceptos de “perjudicada” del artículo 1, apartado 3, y “perjudicadas” del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 [...] en el sentido de que, en un supuesto como el de autos, una

empresa se ha visto perjudicada a efectos de dichas disposiciones por el mero hecho de haberse visto privada de la posibilidad de participar en un procedimiento de adjudicación, al no haber publicado previamente la entidad adjudicadora ningún anuncio de licitación sobre cuya base la empresa hubiera podido presentar su candidatura o una oferta o instar, ante las autoridades competentes para controlar las adjudicaciones, la comprobación de la existencia de los supuestos derechos exclusivos?

7) ¿Los principios comunitarios de equivalencia, de tutela judicial efectiva o de efectividad deben interpretarse, teniendo en cuenta las demás disposiciones del Derecho comunitario, en el sentido de que confieren a una empresa un derecho subjetivo y absoluto, que puede ejercer frente a un Estado miembro, a interponer ante las autoridades nacionales competentes, tras la adjudicación de un contrato público, una acción destinada a obtener una indemnización de los perjuicios sufridos a consecuencia de una infracción de las normas comunitarias sobre adjudicación de contratos, durante, al menos, seis meses contados a partir del momento en que pudo tener conocimiento de la adjudicación ilegal, debiéndosele conceder además unos plazos adicionales por los períodos en los que no pudo ejercitar los correspondientes derechos a falta de una base jurídica nacional, cuando las reclamaciones de indemnización por actos irregulares con arreglo a la normativa nacional están sometidas en el Derecho nacional, por lo general, a plazos de prescripción de 3 años contados a partir del momento en el que se tuvo conocimiento del daño y de la identidad de quien lo ocasionó, y dichos plazos de prescripción no transcurren ni expiran cuando no existen mecanismos de tutela jurídica en un determinado ámbito?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

28 Con carácter preliminar procede señalar que, aunque el contrato de que se trata en el asunto principal se celebró antes de que la República de Austria se adhiriese a la Unión Europea, las normas comunitarias en la materia se aplican a tal contrato a partir de la fecha de adhesión de dicho Estado (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 14).

29 Mediante sus tres primeras cuestiones, el Bundesvergabeamt desea saber, en esencia, en qué condiciones puede considerarse que las modificaciones de un contrato existente entre una entidad adjudicadora y un prestador de servicios constituyen una nueva adjudicación de un contrato público de servicios en el sentido de la Directiva 92/50.

30 La Directiva 92/50 no contiene una respuesta explícita a estas cuestiones, pero aporta varias indicaciones pertinentes que procede situar

en el marco general de las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

31 De la jurisprudencia se desprende que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44). Este doble objetivo se afirma explícitamente en los considerandos segundo, sexto y vigésimo de la Directiva 92/50.

32 Para la consecución de este doble objetivo, el Derecho comunitario aplica en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores y la correspondiente obligación de transparencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61, y de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 108 y 109).

33 Por lo que respecta a los contratos a que se refiere la Directiva 92/50 que tienen por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios incluidos en el anexo I A de ésta, dicha Directiva aplica estos principios y esta obligación de transparencia imponiendo, en particular, determinados procedimientos de adjudicación. En lo que atañe a los contratos a que se refiere esta Directiva que tienen por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios enumerados en el anexo I B de ésta, dicha Directiva no impone las mismas normas en cuanto a los procedimientos de adjudicación, pero esta categoría de contratos públicos de servicios sigue estando, no obstante, sometida a las normas fundamentales del Derecho comunitario y a la correspondiente obligación de transparencia (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03, Rec. p. I-9777, apartados 26, 30 y 31).

34 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46).

35 La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce 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.

36 Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

37 Una modificación también puede considerarse sustancial cuando 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.

38 Procede responder a las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia a la luz de las anteriores consideraciones.

Sobre la primera cuestión

39 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente se refiere al traspaso a APA-OTS, en el año 2000, de los servicios OTS prestados hasta entonces por APA. Pregunta, en esencia, si un cambio de parte contratante, en circunstancias como las del asunto principal, constituye una nueva adjudicación de contrato en el sentido de los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50.

40 En general, debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata.

41 Según la resolución de remisión, APA-OTS, constituida como una sociedad de responsabilidad limitada, tiene una personalidad jurídica distinta de APA, adjudicataria del contrato inicial.

42 Consta asimismo que, desde la transferencia de los servicios OTS de APA a APA-OTS en el año 2000, la entidad adjudicadora efectúa los pagos relativos a este servicio directamente a APA-OTS y no a APA.

43 No obstante, la transferencia de la actividad en cuestión presenta ciertas características particulares que permiten llegar a la conclusión de que tales modificaciones, introducidas en una situación como la del asunto principal, no constituyen el cambio de un término esencial del contrato.

44 En efecto, de los autos se desprende que APA-OTS es una filial al 100 % de APA, que esta última dispone de un poder de dirección sobre APA-OTS y que existe entre estas dos entidades un contrato de transferencia de pérdidas y beneficios, que asume APA. Además, de los autos se desprende que un representante autorizado de APA aseguró a la entidad adjudicadora que, tras la transferencia de los servicios OTS, APA respondería solidariamente junto con APA-OTS y que nada cambiaría en la prestación de conjunto existente.

45 Tal acuerdo representa, en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial.

46 En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre las consecuencias jurídicas de la circunstancia de que la entidad adjudicadora no tenga la seguridad de que las participaciones sociales no se cederán a terceros durante el período de vigencia del contrato.

47 Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50.

48 Se aplicaría un razonamiento análogo si la cesión de las participaciones sociales de la filial a un tercero ya estuviera prevista en el momento de la transferencia a ésta de las actividades de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartados 38 a 42).

49 No obstante, en tanto no se produzca tal evolución, sigue siendo válido el análisis que figura en el apartado 45 de la presente sentencia, según el cual la situación considerada constituye una reorganización interna de la otra parte contratante. La inexistencia de una garantía de que las participaciones sociales no se cederán a terceros durante la vigencia del contrato no afecta a esta conclusión.

50 El órgano jurisdiccional remitente alberga asimismo dudas sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de garantía, para la entidad

adjudicadora, de que la composición accionarial del prestador inicial no se verá modificada durante el período total de vigencia del contrato.

51 Los contratos públicos se adjudican normalmente a personas jurídicas. Si una persona jurídica está constituida como sociedad anónima que cotiza en Bolsa, de su propia naturaleza se deriva que su accionariado puede cambiar en cualquier momento. En principio, tal situación no pone en tela de juicio la validez de la adjudicación del contrato público a esta sociedad. Podría ser de otro modo en casos excepcionales, como las maniobras destinadas a eludir las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

52 Se aplican consideraciones análogas en el marco de contratos públicos adjudicados a personas jurídicas constituidas, como en el asunto principal, no en forma de sociedad anónima, sino en forma de cooperativa registrada de responsabilidad limitada. Cambios eventuales en la composición del círculo de socios de tal cooperativa no suponen en principio una modificación sustancial del contrato adjudicado a ésta.

53 Por tanto, estas consideraciones tampoco alteran la conclusión que figura en el apartado 45 de la presente sentencia.

54 De ello se sigue que procede responder a la primera cuestión que el término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

Sobre la segunda cuestión

55 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente se refiere a las modificaciones del contrato marco efectuadas por el primer acuerdo adicional, concluido en el año 2001, y que entraron en vigor el 1 de enero de 2002. Pregunta, en esencia, si determinadas modificaciones de los precios constituyen una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50.

56 Esta cuestión prejudicial se refiere, en primer lugar, a la conversión de los precios en euros sin modificación de su importe intrínseco, en segundo lugar, a la conversión de los precios en euros acompañada de una reducción de su importe intrínseco y, en tercer lugar, a la reformulación de una cláusula de indexación de los precios.

57 Es preciso responder que, cuando, a consecuencia del paso al euro, un contrato existente se modifique en el sentido de que los precios inicialmente expresados en moneda nacional se conviertan en euros, no se trata de una modificación sustancial del contrato, sino únicamente de una adaptación de éste a circunstancias externas modificadas, siempre y cuando los importes en euros se redondeen conforme a las disposiciones vigentes y, en particular, las del Reglamento (CE) nº 1103/97 del Consejo, de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro (DO L 162, p. 1).

58 Cuando el redondeo de los precios convertidos en euros sobrepasa el importe autorizado por las disposiciones pertinentes, se trata de una modificación del importe intrínseco de los precios previstos por el contrato inicial. Se plantea entonces la cuestión de si tal modificación de los precios constituye una nueva adjudicación de contrato.

59 Es evidente que el precio constituye una condición importante de un contrato público (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, antes citada, apartado 117).

60 Modificar tal condición durante el período de vigencia del contrato, a falta de una habilitación expresa en este sentido contenida en los términos del contrato inicial, implicaría el riesgo de una vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, antes citada, apartado 121).

61 No obstante, la conversión en euros de los precios de un contrato vigente puede acompañarse de un ajuste de su importe intrínseco sin que de ello resulte una nueva adjudicación de contrato, a condición de que tal ajuste sea mínimo y se justifique de manera objetiva, como ocurre en el caso de que pretenda facilitar la ejecución del contrato, por ejemplo, al simplificar las operaciones de facturación.

62 En el asunto principal, por un lado, la retribución anual por la utilización de los artículos de redacción y de los archivos de medios se redujo únicamente en un 0,3 %, para que correspondiese a una cifra redonda que pudiera facilitar los cálculos. Por otro lado, los precios por línea por la inserción de comunicados de prensa en el servicio OTS se redujeron, respectivamente, en un 2,94 % y en un 1,47 % para los años 2002 y 2003, con objeto de que se expresaran en cifras redondas que pudieran asimismo facilitar los cálculos. Además de que su importe es reducido, estos ajustes de precios no se hacen en beneficio sino en detrimento del adjudicatario del contrato, que acepta una reducción de los

precios que habrían resultado de las normas de conversión y de indexación normalmente aplicables.

63 En tales circunstancias, cabe estimar que un ajuste de los precios de un contrato público vigente no supone una modificación de las condiciones esenciales de este contrato que pueda constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50.

64 Respecto a la reformulación de la cláusula de indexación, es preciso señalar que el contrato marco preveía concretamente en su artículo 5, apartado 3, que, «para el cálculo de la indexación, se [partiría] del índice de precios de consumo 86 (VPI 86) publicado por la Oficina Central de Estadísticas austriaca (ÖSTAT) o del índice posterior que lo sustituya».

65 De ello resulta que el contrato marco había previsto la sustitución del índice de precios que mencionaba por un índice posterior.

66 El primer acuerdo adicional sustituyó el índice de precios mencionado en el contrato marco, es decir, el índice de precios de consumo de 1986 (VPI 86) publicado por la ÖSTAT, por un índice más reciente, a saber, el índice de precios de consumo de 1996 (VPI 96), publicado por esta misma entidad.

67 Como se ha expuesto en el apartado 19 de la presente sentencia, este acuerdo adicional tomó como punto de referencia el índice calculado para el año 2001, año de la celebración de dicho acuerdo, en vez del correspondiente al año 1994, año de la celebración del contrato marco. Esta puesta al día del punto de referencia es coherente con la actualización del índice de precios.

68 De ello se deduce que el primer acuerdo adicional se limitó a aplicar estipulaciones del contrato marco en lo que atañe a la puesta al día de la cláusula de indexación.

69 En estas circunstancias, procede estimar que la referencia a un nuevo índice de precios no supone una modificación de las condiciones esenciales del contrato inicial que pueda constituir una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50.

70 De ello se sigue que procede responder a la segunda cuestión que el término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción

en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

Sobre la tercera cuestión

71 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente se refiere a las modificaciones del contrato marco efectuadas por el segundo acuerdo adicional, concluido en octubre de 2005 y que entró en vigor el 1 de enero de 2006.

72 Este órgano jurisdiccional pregunta en esencia si se produce una nueva adjudicación de contrato como consecuencia, por un lado, de la adopción de una nueva cláusula de renuncia a la resolución del contrato y, por otro lado, del aumento de los descuentos concedidos en los precios de determinadas prestaciones objeto del contrato.

73 Por lo que respecta, en primer lugar, a la adopción de una nueva cláusula de renuncia a la resolución durante el período de vigencia de un contrato celebrado por tiempo indefinido, procede recordar que la práctica consistente en formalizar un contrato público de servicios por tiempo indefinido es en sí misma ajena al sistema y a la finalidad de las normas comunitarias en materia de contratos públicos. Tal práctica puede tener el efecto, a largo plazo, de obstaculizar la competencia entre los prestadores de servicios potenciales e impedir la aplicación de las disposiciones de las directivas comunitarias en materia de publicidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

74 No obstante, el Derecho comunitario, en su estado actual, no prohíbe la celebración de contratos públicos de servicios por tiempo indefinido.

75 Igualmente, una cláusula por la que las partes se comprometen a no resolver durante un período determinado un contrato celebrado por tiempo indefinido no es en principio ilícita desde el punto de vista del Derecho comunitario de los contratos públicos.

76 Tal como se desprende del apartado 34 de la presente sentencia, para determinar si la adopción de una cláusula de esta índole constituye una nueva adjudicación de contrato, el criterio pertinente es el de dilucidar si dicha cláusula debe considerarse una modificación sustancial del contrato inicial (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartados 44 y 46).

77 La cláusula de la que se trata en el asunto principal formaliza la renuncia a toda resolución durante el período correspondiente a los años 2005 a 2008.

78 No obstante, es preciso señalar que, tras la expiración, el 31 de diciembre de 1999, de la cláusula de renuncia a la resolución contenida en el contrato marco, el contrato examinado en el asunto principal habría podido ser resuelto en cualquier momento respetando la exigencia de un preaviso. Sin embargo, permaneció en vigor durante el período correspondiente a los años 2000 a 2005 inclusive, dado que ni la entidad adjudicadora ni el prestador ejercieron su derecho a la resolución del contrato.

79 De los autos no se desprende que, durante el período comprendido entre el año 2005 y el año 2008, a que se refiere la cláusula de renuncia a la resolución, la entidad adjudicadora hubiera tenido, en ausencia de tal cláusula, una perspectiva concreta de poner fin al contrato en curso y proceder a una nueva licitación. Aun suponiendo que hubiera pretendido hacerlo, la duración a la que se refería esta cláusula, es decir, tres años, no era de tal envergadura como para habérselo impedido durante un tiempo excesivo en relación con el tiempo necesario para la organización de tal operación. En estas circunstancias, no está acreditado que tal cláusula de renuncia a la resolución, siempre y cuando no se reintroduzca sistemáticamente en el contrato, suponga un riesgo de falsear la competencia, en detrimento de nuevos licitadores potenciales. Por consiguiente, no puede calificarse de modificación sustancial del contrato inicial.

80 De ello se desprende que, en circunstancias como las del asunto principal, el hecho de establecer una cláusula de renuncia a la resolución por un período de tres años durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado por tiempo indefinido no constituye una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50.

81 Por lo que respecta, en segundo lugar, al aumento del descuento previsto por el segundo acuerdo adicional, es preciso recordar que el contrato marco establecía, para los servicios en cuestión, «un precio correspondiente a la tarifa de consumo más baja del baremo oficial [...] menos un 15 %».

82 Según las explicaciones ofrecidas al Tribunal de Justicia, esta mención se refiere a la tarifa decreciente practicada por APA, en virtud de la cual los precios de los servicios de que se trata se reducen cuando aumenta el consumo de estos servicios por parte de quien contrata con APA.

83 Asimismo, según algunas de estas explicaciones, el incremento del tipo de descuento de un 15 % a un 25 % previsto por el segundo acuerdo adicional equivale a la aplicación de un precio menos elevado.

Aunque su presentación formal sea diferente, la reducción de un precio y el aumento de un tipo de descuento tienen un efecto económico comparable.

84 En estas circunstancias, puede interpretarse que el incremento del descuento está comprendido en las cláusulas establecidas en el contrato marco.

85 Además, por un lado, el aumento del descuento, cuyo efecto es reducir la remuneración percibida por el adjudicatario respecto a la inicialmente prevista, no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario.

86 Por otro lado, el mero hecho de que la entidad adjudicadora obtenga un descuento más elevado sobre una parte de las prestaciones que son objeto del contrato no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales.

87 De lo anterior se desprende que, en una situación como la del asunto principal, no debe considerarse que el hecho de fijar, en un acuerdo adicional, descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular constituya una modificación sustancial del contrato y, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50.

88 Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión que el término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular.

89 Habida cuenta de las respuestas dadas a las cuestiones primera a tercera, no procede responder a las cuestiones cuarta a séptima.

Costas

90 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han

presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

2) El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

3) El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular.

Firmas

* Lengua de procedimiento: alemán.

SENTENCIA DE 13.4.2010 — ASUNTO C-91/08

I - 2858

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de
13 de abril de 2010 *

En el asunto C-91/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania), mediante resolución de 28 de enero de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de febrero de 2008, en el procedimiento entre

Wall AG

y

Municipio de Fráncfort del Meno,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Lengua de procedimiento: alemán.

WALL

I - 2859

en el que participa:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), K. Lenaerts y J.-C. Bonichot y las Sras. R. Silva de Lapuerta y C. Toader, Presidentes de Sala y los Sres. C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev y J.-J. Kasel, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot; Secretario: Sr. K. Malacek, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de junio de 2009;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre de Wall AG, por el Sr. H.-J. Otto, Rechtsanwalt, y por los Sres. C. Friese y R. von zur Mühlen, Justitiare;

— en nombre del municipio de Fráncfort del Meno, por los Sres. L. Horn y J. Sommer, Rechtsanwälte, y por el Sr. B. Weiß, Justitiar;

.....

SENTENCIA DE 13.4.2010 — ASUNTO C-91/08

— en nombre de Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, por el Sr. H. Höfler, Rechtsanwalt;

— en nombre de Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, por los Sres. F. Hausmann y A. Mutschler-Siebert, Rechtsanwälte;

— en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. M. Lumma y J. Möller, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno danés, por la Sra. B. Weis Fogh, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. C. Wissels y el Sr. Y. de Vries, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. A. Guimaraes-Purokoski, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. S. Ossowski, en calidad de agente, asistido por el Sr. J. Coppel, Barrister;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. D. Kukovec, B. Schima y C. Zadra, en calidad de agentes;

— en nombre del Órgano de Vigilancia de la AELC, por los Sres. N. Fenger y B. Alterskjær y por la Sra. L. Armati, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 27 de octubre de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad, así como de la obligación de transparencia que de ellos se deriva, en relación con la adjudicación de concesiones de servicios.

2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Wall AG (en lo sucesivo, «Wall») y el municipio de Fráncfort del Meno (en lo sucesivo, «municipio de Fráncfort»), en relación con la adjudicación de una

concesión de servicios relativa a la explotación y al mantenimiento de algunos aseos públicos en el territorio de dicha ciudad.

Marco jurídico

3 La Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DO L 195, p. 35; EE 08/02, p. 75), en su versión modificada por la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000 (DO L 193, p. 75) (en lo sucesivo, «Directiva 80/723»), dispone en su artículo 2:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

b) “empresa pública”, cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen;

[...]

2. Se presumirá que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente:

a) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa; o

b) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o

c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.»

4 Según el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001 (DO L 285, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 92/50»):

« [se entenderá por] entidad adjudicadora: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

Se entenderá por organismo de Derecho público todo organismo:

— creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil,

— dotado de personalidad jurídica,

y

— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

[...]»

5 El artículo 17 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), establece:

«Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1.»

6 El artículo 80, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2004/18 dispone:

«Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 31 de enero de 2006. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.»

7 A tenor del artículo 82, párrafo primero, de dicha Directiva:

«Quedan derogadas, con efectos a partir de la fecha prevista en el artículo 80, la Directiva 92/50/CEE, excepto su artículo 41, y las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a los plazos de incorporación a su legislación nacional y aplicación que figuran en el anexo XI.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

8 Wall explota espacios publicitarios en calles y lugares públicos y, a tal fin, lleva a cabo, en particular, la producción, el montaje, el mantenimiento y la limpieza de aseos públicos.

9 Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (en lo sucesivo, «FES») es una sociedad de responsabilidad limitada, persona jurídica de Derecho

privado, cuyo objeto social es la eliminación y la gestión de residuos, la limpieza urbana, así como la seguridad de la circulación por cuenta de las autoridades públicas y de las personas privadas. El municipio de Fráncfort ostenta una participación del 51 % en FES, siendo una empresa privada la titular del 49 % restante. La junta general adopta los acuerdos de FES por una mayoría de tres cuartos de sus votos. Los socios designan la mitad de los dieciséis miembros del consejo de vigilancia de FES. Los trabajadores nombran a ocho miembros y cada uno de los dos socios nombra a cuatro miembros. El municipio de Fráncfort tiene derecho a proponer un candidato para el puesto de presidente del consejo de vigilancia, cuyo voto tiene carácter dirimente en caso de empate. FES da trabajo a aproximadamente 1 400 trabajadores, de los cuales unos 800 se dedican a actividades que guardan relación con la ciudad de Fráncfort.

10 FES realiza con el municipio de Fráncfort un volumen de negocios neto de 92 millones de euros y de 52 millones de euros con otras personas de Derecho público y de Derecho privado. Del volumen de negocios neto realizado por FES con la ciudad de Fráncfort en 2005, 51,3 millones de euros corresponden a la eliminación de residuos y 36,2 millones de euros a la limpieza urbana.

11 El 18 de diciembre de 2002, el municipio de Fráncfort formuló, mediante una «publicación voluntaria a escala de la Unión Europea» aparecida en el diario oficial de dicho municipio, una convocatoria para la presentación de solicitudes al objeto de participar en una licitación sobre un contrato de concesión de servicios relativo a la explotación, el mantenimiento y la limpieza de once aseos públicos urbanos, por una duración de dieciséis años. De estos once aseos públicos debían reconstruirse dos de ellos, a saber, los situados en la estación de Rödelheim y en Galluswarte. La contrapartida de tales prestaciones se limitaba al derecho a percibir un canon por la utilización de las instalaciones, así como a explotar, durante el plazo contractual, espacios publicitarios situados en los aseos y en otros lugares públicos del territorio de la ciudad de Fráncfort.

12 El 4 de julio de 2003, el municipio de Fráncfort invitó a las empresas interesadas a que presentaran ofertas. Se adjuntaba a dicha invitación un proyecto de contrato de concesión de servicios, cuyos artículos 18, apartado 2, y 30, apartado 4, estipulaban que se autorizaría un cambio de subcontratista únicamente con el beneplácito del referido municipio.

13 Wall, FES y otras tres empresas, asimismo establecidas en Alemania presentaron ofertas.

14 De la resolución de remisión se desprende que, en el proyecto elaborado por FES respecto a su oferta, dicha empresa dio las siguientes

indicaciones: «Prólogo — [...] La licitación del [municipio de Fráncfort] depara a FES la posibilidad de renovar, con un socio tan competente y experimentado como [Wall], tanto el material como la red de abastecimiento de los aseos públicos, así como de presentar una refinanciación realista y responsable a los trabajadores [...]. Galluswarte — [...] En concierto con las autoridades, un City-WC totalmente automatizado de [Wall] se emplazará bajo el puente del tren de cercanías [...]. Estación de Rödelheim — Habida cuenta de que en el marco de la remodelación del lugar los aseos de la estación de Rödelheim se destruirán, se emplazará un City-WC totalmente automatizado de [Wall], con arreglo a los planos existentes [...]. Proyecto en materia de seguridad — [...] Los City-WC dispondrán de un mecanismo de autolimpieza totalmente automático. Proyecto en materia publicitaria — [...] La comercialización de los espacios publicitarios se realizará a través del socio de FES, [Wall], especialista en el sector de la publicidad, con experiencia y cuya actividad se desarrolla en todo el mundo [...]. Soportes publicitarios utilizados — Se utilizarán los productos modernos y estéticos de [Wall] [...].»

15 Wall es titular de varias patentes relativas al funcionamiento de los «City-WC».

16 El 18 de marzo de 2004, Wall fue excluida del procedimiento de adjudicación y su oferta fue rechazada.

17 El 9 de junio de 2004 se adjudicó la concesión a FES. El correspondiente contrato se otorgó entre ésta y el municipio de Fráncfort los días 20 y 22 de julio de 2004, válido hasta el 31 de diciembre de 2019 (en lo sucesivo, «contrato de concesión»). Según la resolución de remisión, los proyectos de FES resultantes de las negociaciones fueron objeto de un acuerdo integrado en dicho contrato. No obstante, en sus observaciones escritas, el municipio de Fráncfort afirma que los datos contenidos en el proyecto de FES no pasaron a integrar el contenido del contrato de concesión. Alega que sólo se incluyó la designación de Wall entre los subcontratistas de FES.

18 El examen del texto del contrato de concesión, vertido en los autos del procedimiento nacional, pone de relieve que se designó a Wall como subcontratista sin que se hicieran constar en dicho contrato otros detalles sobre sus productos o prestaciones.

19 El artículo 18, apartado 2, del contrato de concesión establece que FES debe efectuar las obras de construcción de los aseos públicos por sus propios medios y/o a través de subcontratistas, entre los que figura Wall. Dicha disposición estipula que únicamente se permitirá un cambio de

subcontratista si cuenta con la autorización escrita del municipio de Fráncfort.

20 El artículo 30, apartado 4, del mismo contrato establece que Wall es el subcontratista de FES respecto a las prestaciones publicitarias a que se refiere la concesión de que se trata. A tenor de dicha disposición, sólo se permitirá un cambio de subcontratista con la autorización escrita de la ciudad de Fráncfort.

21 El 5 de enero de 2005, FES invitó a Wall a presentar una oferta para las prestaciones publicitarias que eran objeto de la concesión adjudicada a la primera. FES invitó además a la empresa Deutsche Städte Medien GmbH (en lo sucesivo, «DSM») a presentar tal oferta.

22 Mediante escrito de 15 de junio de 2005, FES pidió entonces al municipio de Fráncfort que, respecto a la utilización del material publicitario, permitiera un cambio de subcontratista en favor de DSM. El 21 de junio de 2005, dicho municipio aprobó este cambio de subcontratista.

23 FES atribuyó dichas prestaciones a DSM y, el 21 de junio de 2005, otorgó con ésta un contrato que preveía el pago, por DSM a FES, de una retribución anual de 786.206 euros.

24 El 28 de julio de 2005, FES solicitó una oferta relativa a la entrega de dos «Wall-CityWC». Wall presentó una oferta pero, el 7 de septiembre de 2005, FES le informó de que había recibido una oferta más competitiva y que, por consiguiente, no podía tomar en consideración la oferta de Wall.

25 Mediante escrito de 10 de octubre de 2005, FES solicitó al municipio de Fráncfort que aprobara un cambio de subcontratista, con arreglo al contrato de concesión, a fin de que dichos aseos públicos no fueran suministrados por Wall, sino por otras sociedades.

26 El 19 de diciembre de 2005, el municipio de Fráncfort respondió a FES que no debía examinar la cuestión relativa al cambio de subcontratista respecto a los aseos públicos, por cuanto consideraba que desde un momento señalado FES deseaba realizar las obras por sus propios medios y bajo su responsabilidad exclusiva. En esa ocasión el municipio de Fráncfort puntualizó que consideraba que se respetaban las exigencias establecidas en los documentos contractuales.

27 Wall interpuso un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente solicitando a éste que condenara a FES a abstenerse, por una parte, de ejecutar el contrato relativo a las prestaciones publicitarias otorgado con DSM y, por otra, de celebrar con un tercero y/o de ejecutar un contrato sobre la construcción de los dos aseos públicos que debían ser reconstruidos. Wall solicitó igualmente que se condenara al municipio de

Fráncfort a abstenerse de aprobar la celebración de un contrato entre FES y otra parte que no fuera ella misma sobre la construcción de los dos aseos públicos referidos. Con carácter subsidiario, Wall solicitó que se condenara a la ciudad de Fráncfort y a FES a que, con carácter solidario, le pagaran la cantidad de 1.038.682,18 euros, más intereses.

28 En estas circunstancias, el Landgericht Frankfurt am Main acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Deben interpretarse el principio de igualdad de trato y el principio de Derecho comunitario de prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, en el sentido de que las obligaciones de transparencia que de ellos se derivan para las autoridades públicas, que consisten en convocar licitaciones con un grado de publicidad adecuada para la adjudicación de las concesiones de servicios y permitir el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 a 62; de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 17 a 22; de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 50; de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21, y de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-260/04, Rec. p. I-7083, apartado 24) exigen que el Derecho nacional conceda al licitador cuya oferta no haya sido aceptada el derecho a obtener una orden conminatoria con el fin de evitar un incumplimiento inminente de dichas obligaciones o de hacer que cese tal incumplimiento?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial: ¿están comprendidas las obligaciones de transparencia antes citadas en el Derecho consuetudinario de las Comunidades Europeas en el sentido de que ya se aplican de forma duradera y constante, uniforme y general y son reconocidas como normas vinculantes por los sujetos de Derecho afectados?

3) En caso de que se prevea modificar un contrato de concesión de servicios —incluido cuando esa modificación se refiera a la sustitución de un subcontratista concreto, sobre el que se hizo hincapié en la licitación—, ¿exigen las obligaciones de transparencia mencionadas en la primera cuestión prejudicial convocar una nueva licitación en relación con las negociaciones relativas a tal modificación, garantizando un grado de publicidad adecuado, y, en su caso, de acuerdo con qué criterios debería realizarse tal licitación?

4) ¿Deben interpretarse los principios y las obligaciones de transparencia mencionados en la primera cuestión en el sentido de que, en caso de incumplimiento en las concesiones de servicios, debe resolverse el contrato celebrado a raíz de tal incumplimiento, cuyo objeto es establecer o modificar obligaciones de duración indeterminada?

5) ¿Deben interpretarse los principios y las obligaciones de transparencia mencionados en la primera cuestión prejudicial, en relación con el artículo 86 CE, apartado 1, y, en su caso, con el artículo 2, apartados 1, letra b), y 2, de la Directiva [80/723] y el artículo 1, apartado 9, de la Directiva [2004/18], en el sentido de que una empresa, en su condición de empresa pública o de entidad adjudicadora, está sujeta a estas obligaciones de transparencia, si

— ha sido constituida por un ente territorial para desarrollar actividades de eliminación de residuos y limpieza urbana, pero realiza asimismo su actividad en el libre mercado;

— pertenece en un 51 % a ese ente territorial, pero los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos;

— el referido ente nombra únicamente a una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia de la empresa, incluido el presidente de ese órgano, y

— obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y limpieza urbana en el territorio del citado ente, de tal forma que éste los financia mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observación preliminar

29 El procedimiento principal se refiere a dos acontecimientos: por una parte, la decisión por la cual FES cambió de subcontratista respecto a las prestaciones publicitarias que fueron objeto de la concesión que le fue adjudicada por el municipio de Fráncfort, habiéndose celebrado el contrato en el que se estipula dicho cambio, con el beneplácito del referido municipio, el 21 de junio de 2005, y, por otra, la intención de FES de atribuir a un operador que no sea Wall la reconstrucción de dos aseos públicos. Tal intención se manifestó en un escrito de 10 de octubre de 2005 mediante el cual FES solicitó al municipio de Fráncfort que aprobara un cambio de subcontratista para la aludida prestación. Mediante escrito de 19 de diciembre de 2005 dicho municipio respondió a FES que no debía examinar la cuestión relativa al cambio de subcontratista respecto a los

aseos públicos, ya que consideraba que FES deseaba desde un momento anteriormente señalado realizar las obras por sus propios medios y bajo su exclusiva responsabilidad. Se interpreta esta respuesta en la resolución de remisión en el sentido de que el municipio de Fráncfort dio su consentimiento para que se cambiara el subcontratista respecto al suministro de dos aseos públicos. Por lo que respecta a esta interpretación, debe tomarse como fecha de referencia para el examen de la petición de decisión prejudicial el 19 de diciembre de 2005, fecha del escrito mediante el cual se considera que el municipio de Fráncfort había consentido el cambio de subcontratista solicitado por FES.

Sobre la tercera cuestión

30 Mediante su tercera cuestión, que debe examinarse en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva, obligan, cuando se prevé modificar un contrato de concesión de servicios —incluso cuando el objeto de tal modificación es sustituir a un subcontratista concreto, sobre el que se haya hecho hincapié en la licitación—, a convocar una nueva licitación en relación con las negociaciones relativas a tal modificación, garantizando un grado de publicidad adecuada y, en su caso, de acuerdo con qué criterios debería realizarse tal licitación.

31 Dicha cuestión tiene por objeto, en primer lugar, la aplicación de las normas y principios mencionados en el apartado anterior a una situación en la que, en relación con la ejecución de un contrato de concesión de servicios, se haya previsto sustituir a un subcontratista del concesionario.

32 Teniendo en cuenta que los artículos 43 CE y 49 CE constituyen aplicaciones específicas de la prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad consagrada en el artículo 12 CE, no es necesario, para responder a dicha cuestión, referirse a este último (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft y otros*, C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727, apartados 38 y 39, así como de 17 de enero de 2008, *Lammers & Van Cleeff*, C-105/07, Rec. p. I-173, apartado 14).

33 En el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos (véanse las sentencias *Coname*, antes citada, apartado 16, y de 17 de julio de 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, Rec. p. I-5641, apartado 57). No obstante, las autoridades públicas que celebran tales contratos están

obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva (véanse, en este sentido, las citadas sentencias *Telaustria* y *Telefonadress*, apartados 60 a 62; *Coname*, apartados 16 a 19, y *Parking Brixen*, apartados 46 a 49).

34 Dicha obligación de transparencia se aplica al supuesto en que la concesión de servicios de que se trate pueda interesar a una empresa establecida en un Estado miembro que no sea aquel en el que se adjudique esa concesión (véase, en este sentido, la sentencia *Coname*, antes citada, apartado 17; véanse asimismo, por analogía, las sentencias de 13 de noviembre de 2007, *Comisión/Irlanda*, C-507/03, Rec. p. I-9777, apartado 29, y de 21 de febrero de 2008, *Comisión/Italia*, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 66).

35 El hecho de que, en el asunto principal, la concesión de servicios pueda interesar a empresas establecidas en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania resulta de la resolución de remisión en cuanto el órgano jurisdiccional nacional observa que la licitación se anunció en el diario oficial del municipio de Fráncfort «a escala de la Unión Europea» y que considera que un incumplimiento de la obligación de transparencia podría suponer una discriminación que fuera, al menos potencialmente, en detrimento de las empresas de otros Estados miembros.

36 La obligación de transparencia que recae en las autoridades públicas que celebran un contrato de concesión de servicios implica que se garantice, a favor de todo licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse las sentencias *Telaustria* y *Telefonadress*, antes citada, apartados 60 a 62; *Parking Brixen*, antes citada, apartados 46 a 49, y de 6 de abril de 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21).

37 Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato (véanse, por analogía con los contratos públicos, las sentencias de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46, y de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34).

38 La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce 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. (véase, por analogía, la sentencia *pressetext Nachrichtenagentur*, antes citada, apartado 35).

39 Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato, lo que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

40 El tribunal remitente observa que, en el proyecto adjunto a la oferta que FES presentó al municipio de Fráncfort, aquélla había indicado que utilizaría los «City-WC» de Wall. Según dicho órgano jurisdiccional, es probable que, en tal caso, se atribuyera a FES la concesión debido a la identidad del subcontratante que ésta había presentado.

41 Corresponde al órgano judicial nacional determinar si se dan las situaciones descritas en los apartados 37 a 39 de la presente sentencia.

42 En el supuesto de que, a la luz de dicha apreciación, el órgano jurisdiccional remitente infiriera que se da una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, deberían adoptarse, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta fuera adjudicada.

43 Por consiguiente, debe responderse a la tercera cuestión que, cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las

medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada.

Sobre la quinta cuestión

44 Mediante su quinta cuestión, que debe examinarse en segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si, a la luz del artículo 86 CE, apartado 1, en relación, en su caso, con los artículos 2, apartados 1, letra b), y 2, de la Directiva 80/723 y 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18, una empresa concesionaria que tenga las características de FES está vinculada por la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad, cuando celebra un contrato de servicios comprendidos en el objeto de la concesión que le ha sido adjudicada por la autoridad pública.

45 Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si el artículo 86 CE, apartado 1, es pertinente para definir el ámbito de aplicación de la referida obligación de transparencia.

46 Por lo que respecta al artículo 86 CE, apartado 1, baste recordar que esta disposición se dirige a los Estados miembros y no directamente a las empresas.

47 Para determinar si una entidad cuyas características son idénticas a las de FES puede asimilarse a una autoridad pública vinculada por la obligación de transparencia, procede inspirarse en algunos aspectos de la definición del concepto de «entidad adjudicadora» que figuran en el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios, en la medida en que tales aspectos responden a las exigencias impuestas por la aplicación a las concesiones de servicios de la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE.

48 En efecto, dichos artículos y los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva persiguen finalidades idénticas a aquellas a las que se refiere dicha Directiva, relativas, en particular, a la libre circulación de servicios y a la licitación no falseada en los Estados miembros.

49 Teniendo en cuenta lo que precede, debe comprobarse si concurren dos requisitos, a saber, por una parte, que la empresa afectada se halla bajo el control efectivo del Estado o de una autoridad pública y, por otra, que no realiza su actividad en situación de competencia en el mercado.

50 En cuanto al primero de dichos requisitos, de la resolución de remisión se desprende que, aunque el municipio de Fráncfort es titular del 51 % del capital de FES, ello no le permite controlar efectivamente la gestión de dicha empresa. En efecto, se requiere una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general para adoptar los acuerdos de ésta.

51 Además, el 49 % restante del capital de FES lo posee no una o varias autoridades públicas distintas, sino una empresa privada que, como tal, obedece a consideraciones propias de los intereses privados y persigue objetivos distintos del interés público (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 50).

52 Además, al municipio de Fráncfort le corresponde únicamente un cuarto de los votos que se emiten en el consejo de vigilancia de FES. El hecho de que el referido municipio tenga derecho a proponer un candidato para el puesto de presidente del consejo de vigilancia de la referida empresa, cuyo voto tiene carácter dirimente en caso de empate, no basta para permitirle ejercer una influencia determinante sobre FES.

53 En tales circunstancias, no concurre el requisito relativo al control efectivo por el Estado o por otra autoridad pública.

54 En cuanto al segundo requisito mencionado en el apartado 49 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional remitente señala que más de la mitad del volumen de negocios de FES procede de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y a la limpieza urbana en el territorio de la ciudad de Fráncfort.

55 Tal relación debe compararse a la existente en los vínculos comerciales normales, que se desarrollan en el marco de contratos de carácter sinalagmático libremente negociados entre las partes (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartado 25).

56 Por otra parte, puede deducirse de la resolución de remisión que FES desarrolla sus actividades en situación de competencia en el mercado, como resulta, por una parte, del hecho de que obtiene una parte importante de sus ingresos mediante actividades con autoridades públicas que no son el municipio de Fráncfort y con empresas privadas activas en el mercado y,

por otra, de la circunstancia de que tuvo que participar en una licitación con otras empresas para obtener la concesión de que se trata en el procedimiento principal.

57 En tales circunstancias, tampoco concurre el segundo requisito necesario para la asimilación de una empresa a una autoridad pública.

58 El órgano jurisdiccional remitente plantea asimismo un interrogante al Tribunal de Justicia sobre la posible aplicabilidad de la Directiva 80/723.

59 En la medida en que se refiere a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, dicha Directiva no es aplicable como tal a la materia a que alude la quinta cuestión.

60 Por consiguiente, procede responder a la quinta cuestión que cuando una empresa concesionaria celebra un contrato de servicios que está incluido en el objeto de la concesión que le ha atribuido un ente territorial, la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad no se aplica si la empresa:

— ha sido constituida por dicho ente territorial para desarrollar actividades de eliminación de residuos y limpieza urbana, pero que igualmente desarrolla su actividad en el mercado;

— pertenece en un 51 % a dicho ente territorial, pero que, no obstante, los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general de esa empresa;

— únicamente una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia, incluido el presidente de éste es nombrado por dicho ente territorial, y

— obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y limpieza urbana en el territorio del citado ente territorial, de tal forma que éste los financia mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados.

Sobre las cuestiones primera, segunda y cuarta

61 Mediante sus cuestiones primera, segunda y cuarta, que deben examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de

ellos se deriva, obligan, por una parte, a las autoridades nacionales a resolver un contrato celebrado en infracción de dicha obligación de transparencia y, por otra, a los tribunales nacionales a reconocer al licitador cuya oferta no hubiera sido seleccionada el derecho a obtener una orden conminatoria al objeto de evitar un incumplimiento inminente o de hacer cesar un incumplimiento ya cometido de dicha obligación. El tribunal nacional pregunta asimismo si puede considerarse que tal obligación está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho consuetudinario de la Unión Europea.

62 Como se ha señalado en el apartado 33 de la presente sentencia, los contratos de concesión de servicios no se rigen, en el estado actual del Derecho de la Unión, por ninguna de las directivas que regulan el ámbito de los contratos públicos.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ante la inexistencia de una normativa de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro regular los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión concede a los justiciables (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 39 y la jurisprudencia citada).

64 Tales recursos no deben ser menos favorables que los recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia Unibet, antes citada, apartado 43 y la jurisprudencia allí citada).

65 De ello se deduce que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, y la obligación de transparencia que de ellos se deriva no obligan a las autoridades nacionales a establecer la resolución de un contrato ni a los tribunales nacionales a conceder una orden conminatoria cada vez que tenga lugar un supuesto incumplimiento de dicha obligación en la adjudicación de concesiones de servicios. Corresponde al ordenamiento jurídico interno regular los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que se derivan para los justiciables de dicha obligación, de tal manera que tales recursos no sean menos favorables que los recursos semejantes de carácter interno ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos.

66 El órgano jurisdiccional remitente plantea, por último, otra cuestión. Según dicho tribunal, un desarrollo meramente jurisprudencial del Derecho

no puede constituir una ley de protección en la que se base una responsabilidad en virtud del Código civil alemán. Afirma que únicamente el Derecho consuetudinario constituye una regla de Derecho en el sentido de dicho código. Remitiéndose a la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal constitucional federal alemán), dicho órgano jurisdiccional afirma que el reconocimiento del Derecho consuetudinario supone un uso prolongado, duradero y constante, igual y general, así como su aceptación como regla vinculante por los sujetos de Derecho interesados.

67 No obstante, para el órgano jurisdiccional nacional, la obligación de transparencia recogida en las sentencias del Tribunal de Justicia es tan reciente que no puede considerarse que tenga carácter de Derecho consuetudinario, tal como es definido en el apartado anterior.

68 A este respecto, procede señalar que la obligación de transparencia se deriva del Derecho de la Unión y, en particular, de los artículos 43 CE y 49 CE (véase, en este sentido, la sentencia Coname, antes citada, apartados 17 a 19). Tales disposiciones, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, son de efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición contraria del Derecho nacional.

69 En virtud, en particular, del artículo 4 TUE, apartado 3, corresponde a todas las autoridades de los Estados miembros garantizar el respeto de las normas jurídicas de la Unión en el ejercicio de sus competencias (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de febrero de 2008, Kempfer, C-2/06, Rec. p. I-411, apartado 34 y la jurisprudencia allí citada).

70 Corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que debe aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión que permita, en particular, garantizar la observancia de la obligación de transparencia (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Santex, C-327/00, Rec. p. I-1877, apartado 63 y la jurisprudencia allí citada).

71 Teniendo en cuenta cuanto antecede, procede responder a las cuestiones primera, segunda y cuarta que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva no obligan a las autoridades nacionales a resolver un contrato ni a los tribunales nacionales a conceder una orden conminatoria cada vez que tenga lugar un supuesto incumplimiento de dicha obligación en la adjudicación de concesiones de servicios. Corresponde al ordenamiento jurídico interno regular los recursos que tienen por objeto

garantizar la salvaguardia de los derechos que se derivan para los justiciables de dicha obligación, de tal manera que tales recursos no resulten menos favorables que los recursos semejantes de orden interno ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos. La obligación de transparencia se deriva directamente de los artículos 43 CE y 49 CE, los cuales tienen efecto directo en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición en contrario de los Derechos nacionales.

Costas

72 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada.

2) Cuando una empresa concesionaria celebra un contrato de servicios que está incluido en el objeto de la concesión que le ha atribuido un ente territorial, la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad no se aplica si la empresa:

— ha sido constituida por dicho ente territorial para desarrollar actividades de eliminación de residuos y limpieza urbana, pero que igualmente desarrolla su actividad en el mercado;

— pertenece en un 51 % a dicho ente territorial, pero que, no obstante, los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general de esa empresa;

— únicamente una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia, incluido el presidente de éste es nombrado por dicho ente territorial, y

— obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y limpieza urbana en el territorio del citado ente territorial, de tal forma que éste los financia mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados.

3) Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva no obligan a las autoridades nacionales a rescindir un contrato ni a los tribunales nacionales a conceder una orden conminatoria cada vez que tenga lugar un supuesto incumplimiento de dicha obligación en la adjudicación de concesiones de servicios. Corresponde al ordenamiento jurídico interno regular los recursos que tienen por objeto garantizar la salvaguardia de los derechos que se derivan para los justiciables de dicha obligación, de tal manera que tales recursos no resulten menos favorables que los recursos semejantes de orden interno ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos.

La obligación de transparencia se deriva directamente de los artículos 43 CE y 49 CE, los cuales tienen efecto directo en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición en contrario de los Derechos nacionales.

.....

INFORMES JUNTAS CONSULTIVAS

Expediente 10/19

Materia: Modificación del contrato por incremento del salario mínimo interprofesional.

El Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019, es de aplicación obligatoria y general a todos los contratos públicos.

No cabe aplicar a este supuesto una causa de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por causa no imputable al contratista **ni tampoco cabe la modificación del contrato por esta causa**. Por el contrario este supuesto se rige por el instituto del *factum principis* que supone la aplicación de las normas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración. La aplicación de estas normas descarta la existencia de un perjuicio individualizado y, en consecuencia, indemnizable.

- En todos los contratos públicos debe exigirse, conforme al principio *pacta sunt servanda*, el cumplimiento de obligaciones vigentes pues las mismas continúan vivas y plenamente eficaces a todos los efectos legales.
- En caso de incumplimiento del contrato por parte del contratista deberán aplicarse todas las consecuencias previstas en la ley y en el propio contrato.

.....

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO EN LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE CONTRATACIÓN

Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Resolución n.º 105/2019, de 31 de mayo.

1ª. En lo que se refiere a la acreditación del cumplimiento del requisito de que la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever:

1. En cuanto al muro perimetral de micropilotes para la construcción de taludes junto a edificaciones colindantes, previsto en la modificación impugnada:

Tanto en la memoria descriptiva del proyecto modificado, como en los informes técnicos antedichos, se constata sin género de duda alguno que para la redacción del proyecto principal se llevó a cabo un estudio geotécnico acorde a las exigencias de la normativa vigente en la materia, en concreto a lo dispuesto en el Documento Básico de Seguridad Estructural Cimientos del Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, que, en el punto 4 de su apartado 3.2.1 “Programación”, establece que “*Con carácter general el mínimo de puntos a reconocer será de tres. En la tabla 3.3 se recogen las distancias*”

máximasdmáx entre puntos de reconocimiento que no se deben sobrepasar y las profundidades orientativas P bajo el nivel final de la excavación. La profundidad del reconocimiento en cada caso se fijará teniendo en cuenta el resto del articulado de este capítulo y el corte geotécnico del terreno”.

En este sentido, cabe señalar que consta en el expediente que el estudio geotécnico realizado al objeto de redactar el proyecto principal consistió en “cinco sondeos mecánicos a rotación con recuperación continua de testigo, dos de 12 m., dos de 10 m. y uno de 8 m. de profundidad, 14 ensayos SPT a lo largo de los sondeos y dos ensayos de penetración dinámica tipo DPSH”, superando, por tanto, el mínimo de sondeos a llevar a cabo según la normativa y cumpliéndose con **las distancias máximas y profundidades orientativas** establecidas en la tabla 3.3. del indicado

Documento Básico para las edificaciones de tipología C-1, que es la que corresponde al edificio de aparcamientos proyectado.

Sin embargo, tal y como queda debidamente justificado en la memoria descriptiva y en el informe del Secretario municipal de 2 de noviembre de 2018, una vez iniciada la ejecución de las obras, es decir, actuando ya sobre el terreno y con respecto a las excavaciones que se llevan a cabo en la zona colindante a las edificaciones, por la adjudicataria de las mismas se realiza **un estudio geotécnico complementario mediante el que se detecta la existencia de riesgo para dichas edificaciones y las personas usuarias de las mismas, que afloran la necesidad de ejecutar un muro de contención con micropilotes.**

Por lo tanto, queda absolutamente acreditado que se trata de una circunstancia sobrevenida que no pudo ser prevista a pesar de actuación diligente de la Administración y del redactor del proyecto, en todo momento resultó conforme a la legislación aplicable.

2. En cuanto a los nuevos desvíos de líneas eléctricas de media y baja tensión, así como al desvío y nueva ejecución de una red de drenaje, previstos en la modificación impugnada:

Tanto en la memoria descriptiva del proyecto modificado, como en los informes técnicos antedichos, se constata que el proyecto de obras principal recoge estudio de detalle de los servicios afectados, tanto en lo que se refiere a las líneas de suministro eléctrico, como a las canalizaciones de agua.

En relación a las indicada circunstancia, se ha de señalar que consta en el expediente de contratación, tanto informe negativo en relación al proyecto inicial, emitido por la suministradora eléctrica ENDESA, S.L.U., con fecha de 20 de octubre de 2017, condicionando la autorización y en el que expresamente se menciona la existencia de una línea de media tensión. Sin embargo, tal y como se advierte por los técnicos municipales en los informes ya referidos, una vez iniciada la ejecución del correspondiente

estudio de detalle, en el que estaba prevista la desviación de la antedicha línea de media tensión, **se detecta la necesidad de desviar dos nuevas líneas de media y baja tensión, respectivamente, de cuya existencia no se advirtió previamente por la entidad suministradora y que han motivado la necesidad de contemplar en el proyecto modificado el desvío de las mismas.**

Asimismo, consta en el expediente de contratación, autorización de las obras dictada por el Gerente del Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria, en fecha de 22 de marzo de 2017, en la que no se hace mención alguna a la existencia de las dos canalizaciones de drenaje de agua descubiertas una vez iniciada las obras, en concreto, durante la demolición del pavimento asfáltico, por lo que es en ese momento en el que se detecta la necesidad de incorporar al proyecto modificado la correspondiente desviación.

A la vista de lo antedicho, ha de concluirse que, en este caso, también **queda absolutamente acreditado que se trata de circunstancias sobrevenidas que no pudieron ser previstas a pesar de actuación diligente de la Administración y del redactor del proyecto.-**

2ª. En lo que se refiere a la acreditación del cumplimiento del requisito de que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

A la vista de que, según se hace constar por los técnicos municipales y así se deduce de la propia memoria descriptiva del proyecto modificado, **no se produce alteración sustancial en la realidad geométrica del edificio proyectado, ni, por su puesto, cambio en el uso del mismo, ni en la naturaleza jurídica del contrato licitado,** que sigue siendo un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, no parece que pueda rastrearse incumplimiento alguno de este requisito, debiéndose concluir, en consecuencia, que la modificación no implica alteración en la naturaleza global del contrato.

3ª. En lo que se refiere a la acreditación del cumplimiento del requisito de 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, IGIC excluido.

En cuanto al indicado requisito, sólo puede considerarse que queda acreditado, sin duda alguna, su cumplimiento, toda vez que **la cuantía de la modificación aprobada representa el 47,53 % de incremento sobre el precio inicial del contrato, como consta con absoluta claridad, tanto en la memoria descriptiva del correspondiente proyecto, como en el acuerdo impugnado.**

Dicho lo anterior, ha de señalarse que **la presunción de veracidad y certeza de los informes en los que se fundamenta la modificación impugnada, no ha podido, en modo alguno, ser destruida por las argumentaciones de los recurrentes, los cuales se han limitado a desarrollar la doctrina relativa al cumplimiento de los supuestos justificativos de los modificados, expresando su particular disconformidad con el parecer de los técnicos municipales, pero sin aportar prueba, dato o evidencia alguna que conduzca, siquiera, a sospechar que nos encontraríamos ante un caso de infracción del ordenamiento jurídico, vulneración de los principios de transparencia, igualdad o libre competencia, error manifiesto o arbitrariedad atribuible a la actuación administrativa cuestionada.**

En definitiva, cabe concluir que la modificación aprobada se encuentra adecuada y suficientemente motivada en el expediente contractual, que está basada en los supuestos justificativos establecidos en el artículo 205.2 de la LCSP y que en caso alguno encubre circunstancias que deberían haber originado la resolución del contrato y su nueva licitación, por lo que procede la desestimación de los recursos interpuestos.