

## REFLEXIONES

# La legitimación activa para impugnar la adjudicación de un contrato basado en un acuerdo marco por parte del licitador no adjudicatario del acuerdo marco

Análisis de la Resolución del TACRC 1376/2023, de 27 de octubre

**Miquel Àngel Alonso Latorre**

*Socio de Augusta Abogados. Departamento de Derecho Público y Regulatorio*

**Guillem Coyo Puyal**

*Abogado en Augusta Abogados. Departamento de Derecho Público y Regulatorio*

**Resumen:** El trabajo analiza la legitimación activa para impugnar la adjudicación de un contrato basado en un acuerdo marco de las licitadoras que participaron en el proceso de licitación del acuerdo marco y que no resultaron adjudicatarias de este.

**Palabras clave:** Legitimación activa, contratación pública, contratos basados, acuerdo marco, revisión de precios, modificación sustancial, recurso especial.

**Abstract:** The work analyses the entitlement to appeal the award of a contract based on a framework agreement of those tendering companies which bid in the framework agreement tendering procedure but were not awarded the framework agreement.

**Keywords:** Entitlement to appeal, public contracts, contract based, framework agreement, price revision, substantial modification, special appeal.

## I. Introducción. Aspectos generales sobre la legitimación activa en materia de contratación pública

En términos generales, el presupuesto procesal para accionar la impugnación de actos administrativos gira entorno el concepto jurídico indeterminado de interés legítimo. Así se desprende del artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en lo sucesivo, LJCA), según el cual cualquier persona

física o jurídica que ostente un derecho o interés legítimo podrá impugnar un acto administrativo ante el orden de lo contencioso-administrativo.

Un concepto similar es el que contiene el artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), por el cual se construye el concepto de «interesado» alrededor de la concurrencia de estos derechos e intereses legítimos, ya sea porqué quienes promueven el procedimiento son titulares de estos o porqué estos derechos e intereses legítimos puedan resultar afectados por la resolución del procedimiento.

Así, y como no podría ser de otra forma, la legitimación activa para la impugnación de actos administrativos en el marco de la contratación del sector público también exigirá la concurrencia, en el recurrente, de derechos e intereses legítimos. Y otro tanto de lo mismo ocurrirá cuando haya de analizarse la legitimación activa para la interposición del recurso especial en materia de contratación. En efecto, y según indica el artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP), ostentarán legitimación activa para impugnar los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación aquellas personas, ya sean físicas o jurídicas, cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión objeto del recurso, bien de manera directa o indirecta. De forma tal que el criterio general empleado por la LCSP para otorgar legitimación activa a la recurrente no es otro que el propio concepto de interesado *ex art* 4 de la LPAC.

### La concurrencia de la legitimación activa ocasiona inconvenientes en el caso de la interposición de los recursos especiales

Para apreciar la concurrencia de un derecho o interés legítimo a la hora de impugnar actos susceptibles de recurso en materia de contratación pública, según reiterada jurisprudencia, habrá que estarse a los efectos que puedan derivar del resultado del recurso. Esto es, existirá un interés legítimo y, por tanto, legitimación activa, cuando del resultado del recurso el recurrente pueda obtener algún beneficio cierto y real, ya sea de carácter material o jurídico, o bien cuando de la estimación del recurso pueda evitarse la causación de un perjuicio igualmente real y cierto. Por consiguiente, la legitimación activa no puede acreditarse por medio de beneficios o perjuicios basados en meras hipótesis o conjeturas inciertas y futuras, resultando *«el límite insoslayable que encontramos a una delimitación subjetiva amplia de la legitimación activa es la imposibilidad de sustentarla en la mera defensa de la legalidad.»* (1)

Como decimos, la legitimación activa para la interposición del recurso especial habrá de sustentarse en la existencia de este derecho o interés legítimo que, según reiterada doctrina consolidada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (de ahora en adelante, «TACRC»), viene configurado por el beneficio que el recurso pueda reportar a la parte recurrente, véase, a título ilustrativo, la Resolución del TACRC n.º 824/2018, de 24 de septiembre de 2018, por la que se señala que:

*«Con respecto al cumplimiento del requisito de legitimación, es conocida la doctrina de este Tribunal en el sentido de que el recurso especial en materia de contratación no se configura como una herramienta en defensa abstracta de la legalidad, sino que se exige que exista un perjuicio, en virtud del cual una hipotética estimación del recurso habría de traducirse en una modificación real y no meramente potencial de la situación jurídica del recurrente.»*

Interesa, también, la lectura de la Resolución del TACRC n.º 94/2020, de 23 de enero, por la síntesis de la doctrina jurisprudencial y de los tribunales administrativos especializados en materia de contratación acerca de los presupuestos que deben concurrir para apreciarse la existencia de un interés legítimo:

«Por tanto, los requisitos para que pueda apreciarse la existencia de interés legítimo y, en consecuencia, de legitimación activa, son los siguientes:

1. *Por interés, que la normativa vigente califica bien de 'legítimo, personal y directo', o bien, simplemente, 'legítimo, individual o colectivo', debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico— administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.*
2. *Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado precisamente con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio como resultado inmediato de la resolución dictada.*
3. *Ese 'interés legítimo', que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir ya, de las notas de 'personal y directo', pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (en Sentencias, entre otras, de este último, 60/1982, de 11 octubre, 62/1983, de 11 julio, 160/1985, de 28 noviembre, 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32 y 97/1991 y 195/1992, y Autos 139/1985, 520/1987 y 356/1989) han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superior y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona."*

El análisis sobre la concurrencia de la legitimación activa, que se supone básico a la par que imprescindible, puede ocasionar algún que otro quebradero de cabeza en el caso de la interposición de los recursos especiales en materia de contratación al otorgarse legitimación activa a quién ostente un interés legítimo según los términos ya expuestos. Lo que implicará la necesidad de determinar, para cada supuesto concreto, la concurrencia del concreto beneficio que la recurrente pueda obtener o el perjuicio que pueda evitar de la estimación del recurso, siendo la casuística ciertamente variada.

Se ha escrito bastante literatura sobre esta casuística, resultando interesante la crónica que ofrece, por ejemplo, Daniel Ortiz, quién recoge múltiples pronunciamientos de los tribunales especializados en materia de contratación, atendiendo al acto impugnado y el sujeto recurrente, concluyendo que:

«La casuística en relación a la determinación de la legitimación y por ende en la admisión de los recursos especiales en materia de contratación y/o las reclamaciones es enorme (...) Las variantes de la realidad son infinitas, si bien, el único criterio, para decidir quién puede recurrir, consiste en determinar la existencia o no de un interés legítimo en quien pretende ostentar una concreta posición en el procedimiento específico de que se trate, interés consistente en la posibilidad de una afectación real de su esfera jurídica por la resolución que pudiera dictarse en el procedimiento de recurso, y que, como hemos puesto de manifiesto en el presente trabajo, la doctrina jurisprudencial ha señalado que debe apreciarse con flexibilidad y amplitud, así como la utilidad o inutilidad práctica, concepto, tal y como se ha dicho, importado de la jurisprudencia comunitaria. (...). (2)

## Los acuerdos marco son los sistemas para la racionalización de la contratación de las administraciones públicas

En definitiva, los tribunales especializados en materia de contratación vienen entendiendo que el recurso no reputará beneficio alguno a la recurrente y, por tanto, carece de legitimación activa, entre otros supuestos, bien cuando de la estimación del recurso la actora no pueda resultar adjudicataria de la licitación (Resolución del TACRC n.º 658/2019, de 20 de junio), bien cuando la recurrente debió haber sido excluida del proceso de licitación (Resolución del TACRC n.º 685/2017, de 27 de julio) o bien cuando quién impugna los pliegos de una licitación tan siquiera presentó oferta a la misma, ni explica las razones que le han impedido participar en el proceso (Resolución del TACRC n.º 816/2019, de 11 de julio).

## II. Cuestiones generales sobre los acuerdos marco y los contratos basados

A la luz de los presupuestos que sustentan la legitimación activa en el ámbito de la contratación pública, reviste especial interés, al objeto del presente trabajo, determinar quiénes y en qué supuestos pueden impugnar actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación en relación con los acuerdos marco. En concreto, interesa ofrecer un análisis de los presupuestos legitimadores para accionar la impugnación de contratos basados en un acuerdo marco, cuando quién recurre ostentaba la condición de licitador en el proceso para la adjudicación del acuerdo marco. Sin embargo, y antes de entrar a analizar esta cuestión, resulta imperativo ofrecer unos apuntes, realmente sucintos, sobre los acuerdos marco y los contratos basados en los mismos.

Empezando por el principio, se podrían definir los acuerdos marco como uno de los sistemas para la racionalización de la contratación de las administraciones públicas, junto con los sistemas dinámicos de adquisición. Así, los acuerdos marco son el instrumento mediante el cual, uno o varios órganos de contratación, fijan las condiciones que durante un período de tiempo determinado habrán de cumplir los contratos que se puedan adjudicar al amparo de este. Se trata, en definitiva, del sistema de racionalización contractual por el que se establecen las concretas condiciones que afectarán los contratos que se adjudiquen en virtud del acuerdo marco en que se basan. (3)

Asimismo, los contratos basados en un acuerdo marco, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 221 LCSP, tan solo podrán adjudicarse a aquella empresa o empresas con que se hubiese concluido el acuerdo marco en que se basan. Además, para el caso en que el acuerdo marco haya sido concluido con una única empresa, los contratos basados se adjudicarán según las reglas y términos expresamente establecidos en el acuerdo marco. (4)

Destaca, además, el hecho que los actos dictados en relación con los contratos basados en un acuerdo marco son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, con la peculiaridad que los mismos se perfeccionan con la simple adjudicación, no siendo necesario formalizar esta clase de contratos, lo cual incide en el régimen del recurso especial en materia de contratación por cuanto la interposición del recurso no suspenderá automáticamente la tramitación del procedimiento cuando se impugne la adjudicación del contrato basado en el acuerdo marco, según dispone el artículo 53 de la LCSP, el cual reza como sigue:

*«Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación con estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3.»*

En lo que al presente trabajo interesa, sólo podrán adjudicarse contratos basados con aquella empresa (o empresas) con que se hubiese concluido el acuerdo marco, lo que impide que las mercantiles que participaron en la licitación del acuerdo marco en que se basan, pero que resultaron excluidas del mismo o que no resultaron adjudicatarias, puedan llegar a ser las adjudicatarias de los distintos contratos basados que puedan concluirse. Por tanto, una estricta aplicación de este criterio general supondría que, una vez adjudicado el acuerdo marco, tan sólo puedan impugnar la adjudicación de los contratos basados en el mismo las adjudicatarias del acuerdo marco pero que, al mismo tiempo, no se les adjudicó el contrato basado – lo que sería de aplicación al caso en que el acuerdo marco se concluya con más de una empresa.

Sin embargo, cuando el acuerdo marco se concluye con una única empresa, o bien supuestos en que el contrato se haya dividido en lotes y, para cada lote, resulte como adjudicataria una única empresa, lo cierto es que la licitadora no adjudicataria en ningún caso podría aspirar siquiera a optar a alguno de los contratos basados en el acuerdo marco de qué dimana. (5)

### III. De los presupuestos generales para apreciar la legitimación activa de la empresa no adjudicataria de un acuerdo marco para impugnar el acuerdo de adjudicación de un contrato basado

La doctrina de los tribunales administrativos contractuales, como se ha indicado en este escrito, viene reconociendo legitimación activa para la interposición de los recursos especiales en materia de contratación a aquellas empresas que, de la estimación del recurso, puedan obtener alguna clase de beneficio o puedan evitar la causación de un perjuicio, de modo que no basta para impugnar un acuerdo de adjudicación, la simple persecución de la defensa de la legalidad. Así, por ejemplo, y según se ha indicado, los tribunales administrativos niegan la legitimación activa a aquellas empresas que, aun habiendo participado en el proceso de licitación, no podrían resultar adjudicatarias del contrato a pesar de la eventual estimación del recurso.

Esta regla general que determinaría *per se* la falta de legitimación activa de las licitadoras que no pueden aspirar a ser adjudicatarias del contrato cuya adjudicación se impugna, resulta ciertamente más evidente en el seno de los procesos de adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco. En efecto, y recapitulando, ha de hacerse notar que las empresas que no resultaron adjudicatarias de un acuerdo marco, a su vez, en ningún caso podrían llegar a ser adjudicatarias de los distintos contratos basados que puedan concluirse, precisamente, por no formar parte del acuerdo marco en que se basan. Si esta idea se analiza junto con la doctrina de los tribunales administrativos, puede concluirse que la mera condición de participante en el proceso de licitación del acuerdo marco del que deriva la adjudicación del contrato basado que pretende impugnarse no se constituye como un título legitimador suficiente para la interposición del recurso especial. De forma tal que, con carácter general, no se podrá apreciar la legitimación activa de «*aquellos licitadores que no sean parte en el acuerdo marco inicial del que los contratos basados traigan causa.*» (6)

Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación

Véase en este sentido la ya citada Resolución del TACRC n.º 94/2020, de 23 de enero, por la que se resuelve el recurso interpuesto por una mercantil que, sin haber participado en el proceso de adjudicación del contrato basado en el acuerdo marco, sí que participó en la licitación del acuerdo marco en que se basa el contrato objeto de recurso.

En el caso concreto planteado ante el TACRC, la recurrente basaba sus pretensiones en la premisa que el contrato basado se habría concluido mediante una prórroga irregular de un acuerdo marco ya vencido. Fundaba, además, su legitimación activa asumiendo que hasta no se adjudicara un nuevo acuerdo marco (en substitución del ya vencido), la mercantil podría haber optado por participar en un nuevo proceso de licitación competitiva para la prestación de los servicios objeto del acuerdo marco y, eventualmente, resultar adjudicataria del mismo. No obstante, el TACRC entendió que el planteamiento del recurso se construía sobre meras hipótesis inciertas que dependían en última instancia de la concreta solución por la que el órgano de contratación pudiera optar, negando por tanto la legitimación activa de la actora.

Seguido quedan transcritas las principales consideraciones de la resolución acerca de este particular:

*«El planteamiento de la empresa recurrente se enmarca, como se ha indicado, en un ámbito meramente hipotético, potencial y futuro, pues una eventual anulación del contrato basado objeto de recurso no determina forzosa y necesariamente la convocatoria de una licitación para cubrir las necesidades del servicio hasta que llegase a producirse la adjudicación del nuevo Acuerdo Marco en tramitación (cuestión que dependerá, en última instancia, de la decisión que adopte el órgano de contratación, en función de sus concretas necesidades e intereses), siendo así, que, además, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha admitido (informes 42/14, 86/18 y 73/18) que las necesidades imprescindibles que hayan de cubrirse a través de "contratos puente" (los celebrados por el tiempo estrictamente necesario hasta la formalización de un nuevo contrato) pueden suplirse, entre otros procedimientos, a través de la figura del contrato menor o, si concurren los requisitos exigidos al efecto, a través del procedimiento negociado sin publicidad, supuestos que excluirían la licitación pública que la empresa recurrente presenta como ineludible, y a la que anuda su interés en el recurso.»*

Tal como es de ver de la Resolución parcialmente reproducida, la falta de legitimación activa de la recurrente radica en la inexistencia de un concreto beneficio real y cierto derivado de la estimación de sus pretensiones, más allá de la mera defensa de la legalidad. Como indica el TACRC, en el caso concreto, la estimación del recurso no hubiese comportado necesariamente la obligación de acudir a alguno de los procedimientos de concurrencia competitiva a fin de cubrir las necesidades del órgano de contratación. De tal manera que el beneficio que se reputaría a la contratista (consistente en la posibilidad de resultar adjudicataria de un eventual procedimiento de licitación) se presentaba como una mera posibilidad hipotética, por cuanto en el interín hasta la adjudicación de un nuevo acuerdo marco, el órgano de contratación disponía de soluciones diversas para cubrir la necesidad del servicio y que no implicaban necesariamente la incoación de un procedimiento de licitación con concurrencia competitiva.

En definitiva, al no poder resultar la recurrente como adjudicataria del contrato basado en el acuerdo marco impugnado, no se reputa la existencia de una ventaja cierta o un beneficio igualmente cierto, de lo que ha de concluirse que la licitadora no adjudicataria de un acuerdo marco carecerá de legitimación activa para la impugnación de los acuerdos de adjudicación de los contratos basados en dicho acuerdo.

Más lo cierto es que, en Derecho, y más aún en materia de contratación pública, no existen las verdades absolutas y, por consiguiente, habrá que estar a las particulares circunstancias del caso concreto que se nos presente, como sucede en el caso en que, por medio del contrato basado, se introduzcan modificaciones sustanciales a las condiciones del acuerdo marco en que se basa – lo que no ocurrió así en la Resolución del TACRC n.º 94/2020 referida.

#### **IV. La Resolución del TACRC n.º 1376/2023, de 27 de octubre. Análisis de la legitimación activa para impugnar las modificaciones sustanciales introducidas por medio de la**

## adjudicación de un contrato basado en un acuerdo marco

Entrando ya al objeto del presente trabajo, se procede al análisis de la Resolución del TACRC n.º 1376/2023, de 27 de octubre, por la que se estimó el recurso interpuesto por la licitadora no adjudicataria del acuerdo marco del que dimanaba el contrato basado cuya adjudicación se impugnaba.

El supuesto de hecho planteado es el que sigue: (i) existe un acuerdo marco, dividido en lotes; (ii) para cada uno de los lotes únicamente podía resultar como adjudicataria una sola empresa; (iii) el objeto del contrato se divide, para cada uno de los lotes, en una serie de prestaciones de servicios determinadas, para cada una de las cuales las licitadoras habían de ofertar un precio.

La empresa recurrente no resultó adjudicataria de uno de los lotes en que se dividía el acuerdo marco y, una vez concluido el acuerdo marco, se adjudicó directamente el contrato basado a favor del único adjudicatario posible, que no era la recurrente.

Nótese que el acto impugnado, por medio del recurso especial, era el acuerdo de adjudicación del contrato basado en el acuerdo marco, bajo la premisa que, por medio del contrato impugnado, se estaban introduciendo modificaciones sustanciales al acuerdo marco en que se basaba. En concreto: (i) se estaría introduciendo una mayor retribución a favor de la empresa contratista y (ii) se estaría ampliando el objeto del contrato, por medio de la inclusión de prestaciones de servicios no incluidas en el acuerdo marco de origen.

Como apunte, únicamente se indicará que los contratos basados no pueden introducir modificaciones sustanciales en el acuerdo marco en que se basan, sin perjuicio de la posibilidad de poder modificar el propio acuerdo marco o el contrato basado, según los términos y bajo los límites impuestos por el artículo 222 de la LCSP. Esto se traduce, en definitiva, en la imposibilidad que, por medio del contrato basado, se modifiquen las condiciones del acuerdo marco en que se basa cuando ello constituya una variación en alguno de los elementos esenciales del acuerdo marco. (7)

Así, al acreditarse que, por medio de la adjudicación del contrato basado, se produjo una modificación de los elementos esenciales del acuerdo marco, con contravención de lo establecido en los artículos 219 y 222 de la LCSP, había de apreciarse legitimación activa a la recurrente, declarando la nulidad del acuerdo de adjudicación del contrato basado.

**La licitadora no adjudicataria tiene legitimación activa para impugnar los acuerdos marco que introduzcan modificaciones sustanciales**

En palabras de la resolución del TACRC, la legitimación activa de la recurrente radica en:

*«(...) en primer lugar, porque ha sido licitadora del Acuerdo Marco y en segundo lugar porque denuncia la modificación sustancial de este a través de la adjudicación de un contrato basado cuyos elementos esenciales no coinciden con los del Acuerdo Marco del que trae causa.*

*Su interés directo y legitimación residen en la reclamación de una nueva licitación que se ajuste al nuevo objeto, incluyendo tanto las mayores prestaciones del basado que no figuraban en el Acuerdo Marco, y al mayor precio por el que el basado ha sido finalmente adjudicado*

*Si, por el contrario, la adjudicación del contrato basado se hubiera mantenido dentro de los límites esenciales del Acuerdo Marco, como sucedió en nuestra Resolución 94/2020, en ese caso, no habríamos*

*reconocido legitimación al recurrente, teniendo en cuenta que conforme dispone el artículo 221 de la LCSP el contrato basado solo puede adjudicarse en favor de las entidades que resulten adjudicatarias del Acuerdo Marco.»*

No puede pasarse por alto en este punto que, la misma recurrente, en base a idénticos argumentos, impugnó ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (en adelante, «TACP»), la adjudicación de otro contrato basado en el mismo acuerdo marco, por entenderse, de nuevo, que por medio de la adjudicación del contrato basado se introdujeron modificaciones sustanciales del acuerdo marco (una mayor retribución y un mayor número de prestaciones de servicios). Sin embargo, la Resolución del TACP de Madrid n.º 347/2023, de 14 de septiembre, no entró a valorar si el contrato basado impugnado constituía una modificación sustancial encubierta del acuerdo marco, negando, *ab initio*, la legitimación activa a la recurrente e inadmitiendo el recurso especial.

Como fundamento para rechazar la legitimación activa de la actora el TACP de Madrid suscribió los argumentos empleados, *mutandis mutandi*, en la Resolución del TACRC n.º 94/2020 (ya citada) toda vez que el interés de la licitadora de participar en un nuevo procedimiento de licitación competitiva no se plantearía como cierto y real, sino que resultaba de un interés «*meramente hipotético, potencial y futuro y depende de una eventual decisión que, en su caso, pudiera adoptar el órgano de contratación, debiendo concluirse su falta de legitimación.*»

A juicio de quién suscribe el presente documento, la Resolución del TACP de Madrid yerra en dos aspectos clave. De un lado, debería haberse analizado la legitimación de la recurrente en atención al resultado que se produce por medio del acto recurrido. Es decir, debió entrarse a valorar si, por medio de la adjudicación del contrato basado, se estaba produciendo una modificación sustancial de las condiciones del acuerdo marco en que se basa, lo cual hubiera supuesto la tramitación de un nuevo procedimiento, en cualquiera de sus modalidades, para la contratación de esos servicios no incluidos en el acuerdo marco, procedimiento al que hubiese podido optar la recurrente (de ahí derivará, en definitiva, el beneficio que pueda obtenerse de la estimación del recurso).

En segundo término, obvia el TACP que la Resolución 94/2020 del TACRC en que se estaría basando, negó la legitimación de la recurrente por no existir una modificación sustancial del acuerdo marco en que se basa, sino que la adjudicación del contrato basado se mantuvo dentro de los límites esenciales del acuerdo marco.<sup>(8)</sup>

Precisamente, el TACRC viene admitiendo la legitimación activa de la licitadora no adjudicataria para impugnar los contratos basados en un acuerdo marco cuando se introduzcan modificaciones sustanciales, contraviniendo los términos del artículo 219 y 222 de la LCSP. Este es el caso de la Resolución del TACRC n.º 27/2020, de 9 de enero.

El TACRC resolvía esta vez un recurso especial en el seno de un acuerdo marco dividido en lotes y en qué la recurrente, si bien participó en el proceso de liquidación del acuerdo marco, no presentó oferta a uno de los concretos lotes. Como fuere, el órgano de contratación, mediante la adjudicación del contrato basado en el lote del acuerdo marco en qué no participó la recurrente, introdujo nuevas prestaciones adicionales que, de haber figurado en la documentación para la licitación del acuerdo marco original, bien podrían haber resultado en la adjudicación de otro adjudicatario, bien habrían permitido la participación de otros licitadores en dicho lote.

El TACRC entendió, precisamente, que las modificaciones introducidas mediante el contrato basado constituían modificaciones sustanciales de los términos del acuerdo marco inicial, que debieron haber sido objeto de una nueva licitación a la que la recurrente pudo haber optado y que, a la postre, incidían en aspectos determinantes en la decisión de la recurrente de no participar en dicho lote, véase a continuación la literalidad de la Resolución n.º 27/2020 parcialmente transcrita:

*«En cambio, si estas previsiones no figuran en la documentación del contrato, la necesidad de aplicar*

*idénticas condiciones a todos los operadores económicos en un contrato público dado exige, en caso de modificación sustancial del contrato, abrir un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 127)".*

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

*La aplicación de la propia regulación de nuestro Derecho interno nos conduce a idéntica solución. El art. 205.2 c) apartado primero de la LCSP expresamente señala que una modificación se considerará esencial cuando introduzca condiciones que, "de haber figurado en el procedimiento de licitación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación", siendo clara la concurrencia de este supuesto en el caso ahora analizado, en que la recurrente, SANOFI-AVENTIS, S.A., presentó oferta y licitó al único lote cuyo objeto era el suministro de vacunas tetravalentes; de modo que de haber figurado también como vacuna de 4 cepas la del lote 1 hubiera podido presentar una oferta para dicho lote, opción que no pudo plantearse si quiera al constituir el objeto del lote la vacuna antigripal de 3 cepas. Es claro que la inclusión de esta modificación en la descripción del lote pudo razonablemente atraer a más participantes en el proceso de licitación, siendo ello suficiente -conforme se ha expuesto— para que la modificación deba calificarse de esencial, al haberse impedido su participación en un proceso de licitación en el que pudieron haber tenido interés de haber podido conocer previamente las características finalmente exigidas a las vacunas a suministrar.»*

En resumidas cuentas, si bien la doctrina consolidada de los tribunales administrativos especializados en materia de contratación pública viene negando, como criterio general, la legitimación activa a aquellas licitadoras que, aun no siendo adjudicatarias del acuerdo marco, impugnen la adjudicación de un contrato basado, sí habrá que reconocerles esta legitimación cuando, por medio de la adjudicación, se hayan introducido modificaciones sustanciales de los términos del acuerdo marco en que se basa el contrato que debieron haber sido objeto de una nueva adjudicación.

En efecto, la legitimación de la recurrente radicará en el concreto beneficio a obtener de la estimación del recurso, que no es otro que su interés en optar a la adjudicación del nuevo contrato que ha de licitarse, por cualquiera de sus modalidades, en relación con el mayor número de prestaciones o mayor retribución introducidas por medio de la modificación sustancial encubierta.

## V. Bibliografía

CANDELA TALAVERO, J.E. Legitimación e interés legítimo para interponer el recurso especial en materia de contratación pública. Comentario a la Resolución TACRC 734/2021 de 17 de junio de 2021. Contratación Administrativa Práctica, n.º 175, Sección Reflexiones, 2021, Wolters Kluwer.

García Melián, J.C. Once cuestiones básicas sobre los acuerdos marco. Contratación Administrativa Práctica, n.º 173, Sección Contratación práctica, 2021, Wolters Kluwer

MUELA REGLI, NICOLÁS. A vueltas con la legitimación activa en materia de contratación pública: reflexiones a partir de las STS de 15 de junio de 2020 (Rec. N° 7753/2018) y de 17 de diciembre de 2020 (Rec. N° 662/2019). Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado, n° 2, 2021, págs. 296 a 298.

ORTIZ ESPEJO, DANIEL. La legitimación activa en la interposición del recurso especial en materia de contratación. Contratación Administrativa Práctica, n.º 171, Sección Reflexiones, 2021, Wolters Kluwer.

PALMA FERNÁNDEZ, J.L. El acuerdo marco como contrato de contratos. Su resolución por incumplimiento. Revista de Administración Pública, n.º 216, págs. 323-343.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA. El reconocimiento de legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación a los «licitadores excluidos». Contratación Administrativa Práctica, n.º 150, Sección Reflexiones, 2017, Wolters Kluwer.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J. La compra conjunta y fórmulas eficientes de contratación. Contratación Administrativa Práctica, n.º 168, Sección Contratación práctica, 2020, Wolters Kluwer.

---

(1) MUELA REGLI, NICOLÁS. A vueltas con la legitimación activa en materia de contratación pública: reflexiones a partir de las STS de 15 de junio de 2020 (Rec. N° 7753/2018) y de 17 de diciembre de 2020 (Rec. N° 662/2019). Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado, n° 2, 2021, págs. 296 a 298.

[Ver Texto](#)

(2) ORTIZ ESPEJO, DANIEL. La legitimación activa en la interposición del recurso especial en materia de contratación. Contratación Administrativa Práctica, n.º 171, Sección Reflexiones, 2021, Wolters Kluwer.

[Ver Texto](#)

(3) Se recomienda, para profundizar en la cuestión, las consideraciones de PALMA FERNÁNDEZ, J.L. El acuerdo marco como contrato de contratos. Su resolución por incumplimiento. Revista de Administración Pública, n.º 216, págs. 323-343.

[Ver Texto](#)

(4) Véase la literalidad del artículo 221 de la LCSP, aquí parcialmente transcrita: «1. Solo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre las empresas y los órganos de contratación que hayan sido originariamente partes en el mismo, salvo lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 227 en relación con los acuerdos marco celebrados por centrales de contratación. (...) Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con una única empresa, los contratos basados en aquel se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.»

[Ver Texto](#)

(5) Conviene insistir en que la previsión normativa del artículo 221 de la LCSP que imposibilita adjudicar un contrato

basado a quién no resulte adjudicataria del acuerdo marco en que se basa.

[Ver Texto](#)

(6) Véase la Resolución del TACRC n.º 94/2020, de 23 de enero.

[Ver Texto](#)

(7)

En términos generales, se pueden considerar modificaciones sustanciales las que afecten a elementos esenciales, como sería el caso por ejemplo de la introducción de variaciones en el precio del contrato (Resolución del TACRC n.º 27/2020, de 9 de enero), o la inclusión de prestaciones que supongan una ampliación del objeto contractual y que debió suponer un nuevo proceso para la adjudicación del contrato (Resolución del TACRC n.º 436/2022, de 7 de abril).

[Ver Texto](#)