

Dictamen nº: **269/18**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **14.06.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 14 de junio de 2018, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre modificación del contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión denominado “*Contrato integral de Movilidad de la Ciudad de Madrid (lote 3)*”, adjudicado a la UTE ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U. – VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. – TEVASEÑAL, S.A. – MONTAJES Y OBRAS, S.A. (UTE MSM 3).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 16 de mayo de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid formulada por el coordinador general de la Alcaldía de Madrid, por delegación de la alcaldesa, a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio relativa al expediente de modificación del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 243/18, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 14 de junio de 2018.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato de gestión de servicios públicos denominado “*Contrato integral de Movilidad de la Ciudad de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto – 5 Lotes*” se aprobaron por Decreto del delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad de 29 de julio de 2013.

El lote 3 “Movilidad de vehículos en la zona sudoeste de Madrid” fue adjudicado por Decreto del delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, de fecha 10 de octubre de 2013, a la UTE ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U. – VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. – TEVASEÑAL, S.A. – MONTAJES Y OBRAS, S.A. (UTE MSM 3).

La firma del contrato se efectuó el día 31 de octubre de 2013.

El servicio público que debía prestar la UTE contratista contemplaba las actividades de servicio de estacionamiento regulado en

la zona sudoeste de Madrid, servicio de control de acceso y servicio de señalización vial en la zona sudoeste de Madrid.

2. Con fecha 30 de diciembre de 2014 se firmó un primer modificado del contrato, como consecuencia de la modificación de la Ordenanza de Movilidad para la Ciudad de Madrid, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid con fecha 28 de mayo de 2014. La modificación aprobada tenía por objeto:

“Inclusión dentro de la zona 3 del SER del Barrio de la Casa de Campo (lo que implica 4.219 plazas que comenzarán a regularse a partir del 30 de diciembre de 2014), como consecuencia de la entrada en vigor el día 01 de julio de 2014 de la modificación de la Ordenanza de Movilidad para la Ciudad de Madrid.

Exclusión de los Cascos Históricos de Carabanchel Bajo y de Carabanchel Alto (lo que implica la eliminación de 1.157 plazas con fecha de efectos 01 de enero de 2017), como consecuencia de la entrada en vigor de la modificación de la Ordenanza de Movilidad para la Ciudad de Madrid.

Implantación de una nueva Área de Prioridad Residencial (Entorno de Ópera), con instalación de 13 cámaras nuevas, con fecha de efectos 01 de febrero de 2015”.

Como consecuencia de la modificación aprobada, el precio del contrato sufrió un incremento de 15.957.501,88 € al que correspondía por IVA la cantidad de 3.351.075,38 €, ascendiendo el precio de la modificación a un total de 19.308.577,26 €, lo que suponía una variación del 9,68% respecto al precio primitivo del contrato.

3. Con fecha 13 de julio de 2017 la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad acordó el inicio y la tramitación del

expediente para la segunda modificación del contrato denominado “*contrato integral de movilidad de la ciudad de Madrid (lote 3)*”. En dicho procedimiento se emitió por este órgano consultivo el Dictamen 70/18, de 15 de febrero, que concluyó que el procedimiento de modificación del contrato estaba caducado.

4. Tras la declaración de caducidad del anterior procedimiento de modificación del contrato, con fecha 28 de febrero de 2018 la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad acordó el inicio y la tramitación expediente para la segunda modificación del contrato denominado “contrato integral de movilidad de la ciudad de Madrid (lote 3), a propuesta de la Dirección General de Sostenibilidad y Control Ambiental (Documento nº 3).

El día 1 de marzo de 2018 la Oficina de Colaboración Público Privada de la Dirección General de Contratación y Servicios emite informe en el que concluye que, examinada la documentación aportada en el procedimiento de modificación del contrato, “*la variación de costes e inversiones estimada se corresponde con la variación de prestaciones propuesta y guarda uniformidad con los términos previstos en el contrato, sin que supongan una alteración del equilibrio económico del contrato*” (Documento nº 4).

El día 2 de marzo de 2018 se concede trámite de audiencia a la UTE contratista sobre la propuesta de modificación del contrato. Notificado por correo electrónico, consta en el expediente la recepción y lectura del correo “Notificación trámite de audiencia y doc. Propuesta de 2ª modificación Lote 3 del Integral I de Movilidad de la Ciudad de Madrid” (Documento nº 6).

Con fecha 19 de marzo de 2018 la UTE contratista cumplimenta el trámite de audiencia mediante escrito en el que manifiesta su conformidad expresa con la 2ª modificación del contrato (Documento nº 9), con las siguientes alegaciones:

“Instalación total de 115 cámaras dentro del perímetro del nuevo Área Central Cero Emisiones para el control de la circulación, accesos y salidas del área de circulación restringida establecida. Adicionalmente se mantiene la cámara de control del carril bus de O'Donnell para sumar las 116 cámaras totales.

La inversión real a realizar está valorada en un importe de 3.274.625 € para la parte relativa a la obra civil y suministro e instalación de las cámaras y fibra óptica.

Adicionalmente a esta partida hay que considerar el gasto en el desarrollo de la nueva aplicación de gestión de autorizaciones para el acceso al área central cero emisiones cuyo importe estimado alcanza ya los 300.000€. Ambos importes, IVA no incluido. Estos importes deberán considerarse a los efectos de posibles indemnizaciones sin que se considere por parte del concesionario necesaria ninguna otra adaptación del informe propuesta entregado y sin que esto suponga variación en un sentido u otro sobre el PEF considerado a los efectos de determinar la aplicación de la unidad económica básica.

Caso de que, por causas ajenas al concesionario, la puesta en marcha del área central cero emisiones se produzca en fecha posterior al 1 de septiembre, si las cámaras están instaladas y grabando, serán de abono las correspondientes unidades básicas desde dicha fecha”.

El día 21 de marzo de 2018 emite informe el director general de Sostenibilidad y Control Ambiental que, en respuesta a las alegaciones formuladas por la empresa contratista, propone:

“Estimar la alegación 1 puesto que la concesionaria ha de instalar en el interior del perímetro del ACCE 62 cámaras en la primera fase,

en sustitución de las que actualmente están operativas en las APR (esta fase no tiene incremento de gasto puesto que dejan de prestar servicio en APR para prestarlo en el ACCE}, puesto que son las que se encuentran amortizadas, y 53 cámaras nuevas en la segunda fase”.

Desestimar la alegación 2 con la siguiente motivación:

“El régimen de pagos de la prestación del servicio de control de accesos se rige por lo estipulado en el apartado 13 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato, por tanto, a través de facturas mensuales y facturas trimestrales, atendiendo a las unidades básicas, en el caso de las mensuales y el cumplimiento de los indicadores de los servicios, en las trimestrales.

El presupuesto base de licitación, sobre el que se estima el precio de la unidad básica, sobre el cual la UTE concesionaria ofertó el porcentaje de baja, cubre tanto las inversiones (a través de las dotaciones de las amortizaciones), gastos de explotación (incluyendo los desarrollos informáticos) y gastos de personal. Por lo que cualquier inversión o gasto dentro de la ejecución del contrato debe ser asumido por la concesionaria bajo su riesgo y ventura, conforme estipula el artículo 215 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Por otro lado, la empresa presentó, junto con la oferta económica, un estudio económico con el Plan Económico Financiero (PEF). Sobre este PEF el Ayuntamiento ha valorado la repercusión del modificado sobre los costes, inversiones e ingresos. Esa valoración ha sido objeto de informe favorable de la Oficina de Colaboración Público Privado, la cual ha concluido que el modificado no supone alteración del equilibrio económico del contrato.

En caso de posibles indemnizaciones del Ayuntamiento a la concesionaria, se estará a lo dispuesto en todo caso en el TRLCSP, en el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y en los pliegos que rigen el contrato”.

En relación con la 3ª alegación, el informe del director general de Sostenibilidad y Control Ambiental propone su estimación parcial *“puesto que el servicio prestado se pagará por unidades básicas siempre y cuando las cámaras estén instaladas y grabando y, además, siempre que el servicio se gestione conforme indica el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el contrato. Si el servicio no estuviera operativo el día 1 de septiembre por causas demostradamente imputables a la Administración, esta procederá conforme al TRLCSP”.*

A la vista de las alegaciones formuladas por la UTE concesionaria y el informe del director general de Sostenibilidad y Control Ambiental, la delegada del Área de Medio Ambiente formula nueva propuesta de modificación cuyo objeto es el siguiente:

“Implantación de 53 nuevas cámaras de control de accesos a vías restringidas, con la siguiente distribución territorial:

- 18 puntos de control en el Barrio de Justicia*
- 24 puntos de control en el Barrio de Universidad*
- 11 puntos de control en el resto de la ciudad*

La presente modificación lleva consigo la del Pliego de Prescripciones Técnicas que rige en el contrato, quedando afectados por la misma los artículos 1, 2, 3 y 7 del citado Pliego, en la forma establecida en los documentos del expediente que describen dicha modificación.

Dicho contrato fue adjudicado a la UTE ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS S.A.U., VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES S.A., MONTAJES Y OBRAS S.A. Y TEVASEÑAL S.A. (MADRID SUR MOVILIDAD LOTE 3-UTE), mediante Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, de 10 de octubre de 2013.

La presente modificación supone un incremento en el precio del contrato de 8.474.216,63 euros (IVA incluido y precio revisado con el Kt 2016), con la distribución por anualidades y cuantías que ha aprobado la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid.

El periodo concesional no sufre alteración alguna.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 99.3 TRLCSP, deberá procederse al reajuste de la garantía definitiva.

Todo ello, de conformidad con lo previsto en los artículos 105 a 108, 210, 211 y 282 del TRLCSP”.

Consta en el procedimiento la emisión de informe por la Asesoría Jurídica con fecha 5 de abril de 2018 (Documento nº 12). De acuerdo con el citado informe, se trata de una modificación prevista en la cláusula 17 del Anexo I del PCAP y dentro de los límites previstos en dicha causa. La modificación supone un 4,25% del precio de adjudicación del contrato (199.492.215, 15 €) y de forma acumulativa, las modificaciones nº 1 y nº 2 del contrato, un total de 13, 93%, siendo inferior al porcentaje máximo de modificación previsto en la cláusula 17 del Anexo 1 del PCAP (50%); por lo que resulta preceptivo el Informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. El informe de la Asesoría Jurídica deja constancia de la audiencia concedida al contratista e indica que procede el reajuste de la garantía, de conformidad con el artículo 99.3 TRLCSP.

El 13 de abril de 2018 emite su informe el Servicio de Programación de Gastos Plurianuales de la Dirección General de Hacienda (Documento nº 13).

Solicitado informe a la Intervención Delegada en la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de la propuesta de 2ª modificación, con fecha 20 de abril de 2018 la subdirectora general de dicha Intervención procede a la devolución sin la fiscalización por diversos motivos que expone en su escrito (Documento nº 18).

Con fecha 23 de abril de abril de 2018 se incorporan al expediente los informes emitidos por el Director General de Sostenibilidad y Control Ambiental con esa misma fecha consistentes en el informe propuesta de modificación nº 2 del contrato con el anexo que contiene la propuesta de modificación del contenido de los Pliegos y el informe sobre la repercusión en el Plan Económico Financiero de la propuesta de modificación nº 2 del contrato.

Subsanados los defectos observados por la Intervención y solicitado nuevo informe a ésta, el día 24 de abril de 2018 se emite informe de fiscalización por la subdirectora general de la Intervención Delegada en la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid con la conformidad de la Intervención General (Documento nº 21 y 22).

Notificado nuevo trámite de audiencia a la UTE concesionaria en el que se le da traslado de los informes incorporados al procedimiento de modificación del contrato y tras la ampliación del plazo para formular alegaciones concedido por la Administración a solicitud de la primera, se presenta nuevo escrito de alegaciones (Documento nº 26) en el que se reiteran las alegaciones realizadas el 20 de marzo de 2018 y solicita que *“se apruebe la modificación del Contrato Integral de Movilidad de la Ciudad de Madrid, Lote 3 teniendo en consideración lo anteriormente expuesto”*.

Del escrito de alegaciones se ha dado traslado al director general de Sostenibilidad y Control quien, con fecha 8 de mayo de 2018, “se ratifica en la contestación ya dada en el informe de fecha 21 de marzo de 2018 en la que se estimaban parcialmente las alegaciones presentadas por la UTE MSM 3 en el trámite de audiencia concedido inicialmente” (Documento nº 27).

El día 9 de mayo de 2018 la delegada del Área de Medio Ambiente acuerda la suspensión del procedimiento de modificación del contrato para solicitar dictamen a la Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). El acuerdo de suspensión se ha notificado a la UTE concesionaria.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”.

La solicitud de dictamen de la alcaldesa de Madrid se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 C) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes de hecho, el contrato se adjudicó por Decreto del delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, de fecha 10 de octubre de 2013, por lo que resulta de aplicación, de conformidad con la disposición transitoria primera.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17), el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental, toda vez que el procedimiento de modificación del contrato se inició el día 28 de febrero de 2018 y, por tanto, con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP/17.

Con carácter subsidiario, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Además, ante la falta de un desarrollo reglamentario en la materia de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse aplicable el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

El artículo 211 TRLCSP exige una serie de trámites, con carácter general, en los procedimientos de interpretación, modificación y resolución.

Por su parte, la cláusula 27 del PCAP indica que las modificaciones serán acordadas por el órgano de contratación, que en este caso fue el delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad. Consta en el expediente remitido el Acuerdo de inicio del procedimiento por la citada delegada.

El artículo 211 TRLSP establece la necesidad de audiencia del contratista que, igualmente, exige el artículo 102 del RGLCAP referido específicamente al procedimiento para las modificaciones contractuales. Consta en el expediente haberse cumplimentado dicho trámite sin que la UTE contratista haya formulado alegaciones.

El apartado 2º del artículo 211 TRLCSP exige, en el ámbito de la Administración General del Estado, el informe del Servicio Jurídico, siendo un precepto sin carácter básico.

No obstante, al tratarse de una entidad local, el artículo 114 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, exige el informe de la Secretaría y de la Intervención, requisito este último exigido también en el artículo 102 del RGLCAP.

Consta en el expediente que se ha dado audiencia al contratista, se ha recabado el informe de la Asesoría Jurídica que sustituye en el Ayuntamiento de Madrid y en los municipios de gran población al informe de la Secretaría y, finalmente, se ha recabado informe de la Intervención municipal.

De conformidad con el apartado tercero artículo 211 TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo

equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso.

Debe hacerse una especial referencia a la necesidad de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora: el artículo 211.3 TRLCSP exige el dictamen del órgano consultivo cuando las modificaciones, aislada o conjuntamente, superen el 10% del precio primitivo del contrato y este sea igual o superior a 6.000.000 de euros. La modificación que se propone representa un aumento del 4,25% del precio de adjudicación del contrato (199.492.215,15 €) y, de forma acumulativa, las modificaciones nº 1 y nº 2 del contrato, un total del 13,93%, por lo que resulta preceptivo el dictamen.

Para concluir los aspectos procedimentales, el artículo 102 del RGLCAP exige la redacción de la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoran la modificación que se pretende realizar, la audiencia al contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

A estos efectos consta en el expediente una memoria en la que se describe, valora y justifica la modificación.

Por todo ello ha de concluirse que se han cumplimentado adecuadamente los trámites establecidos para las modificaciones de contratos administrativos.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de modificación del contrato, ni el TRLCSP ni el RGCAP establecen nada en relación con el plazo máximo de resolución de estos procedimientos iniciados de oficio.

En el presente caso, dado que el expediente se inició el día 28 de febrero de 2018, tras la entrada de vigor de la LPAC, resulta de aplicación el plazo general de tres meses previsto en su artículo 21.3 de la LPAC, a contar desde el acuerdo de inicio del expediente.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos del contenido de la resolución –como es el informe de la Comisión Jurídica Asesora- por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados, no solamente de la solicitud de informes, sino también de la recepción de los mismos.

En el caso que nos ocupa, el inicio del expediente de modificación contractual tuvo lugar el día 28 de febrero de 2018 y el día 11 de mayo de 2018 se ha presentado la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora. Consta en el expediente remitido el acuerdo de suspensión del procedimiento por la solicitud de Dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid adoptado por la delegada del Área de Medio Ambiente y Movilidad, el día 9 de mayo de 2018 y notificado a la UTE concesionaria al día siguiente, 10 de mayo, por lo que a la fecha de emisión del Dictamen el expediente no ha caducado.

TERCERA.- Analizados los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la conformidad a derecho de la modificación propuesta.

La modificación unilateral (*ius variandi*) de los contratos ha sido una de las tradicionales prerrogativas exorbitantes de la Administración en la contratación administrativa frente a la regla general (*pacta sunt servanda*) del derecho privado recogida en el artículo 1256 del Código

Civil “[l]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

Esta prerrogativa exige como presupuesto previo la concurrencia de razones de interés público, tal y como establece expresamente el artículo 210 TRLCSP, en el presente expediente dicho interés se justifica en el expediente para posibilitar la implantación de un Área Central Cero Emisiones (ACCE) en el Distrito Centro. Así, según recoge el informe-propuesta de modificación nº 2 del contrato recoge como causas que amparan la modificación contractual:

“El Plan de Calidad del Aire y Cambio Climático (Plan A) aprobado inicialmente por la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, en su sesión de 6 de abril de 2017, tiene por objetivo principal garantizar la calidad del aire que respiran los madrileños, protegiendo su salud frente a los efectos contaminantes atmosféricos y fortalecer la ciudad frente a futuros impactos climáticos reduciendo las emisiones de gases de efecto invernadero”.

Según el citado informe propuesta, *“el interés público fundamental de la modificación propuesta radica además de lo indicado en los párrafos anteriores, en el propio objeto del contrato, es decir, reducir la alta densidad circulatoria, ordenar la carga y descarga, aumentar las plazas de estacionamiento para residentes, mejorar la Seguridad Vial Peatonal, así como disminuir los niveles de contaminación acústica y atmosférica (apartado 2.1.2 del PPT)”.*

No obstante, la facultad de modificación de los contratos ha sido objeto de una especial atención en el derecho europeo de contratos, sobre todo desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 *Succhi di Frutta* (C-496/99).

La jurisprudencia europea considera que un abuso de las modificaciones contractuales afecta negativamente a los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia, obstaculizando el desarrollo de una competencia sana y efectiva. En este sentido la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (T-235/11).

Esta jurisprudencia motivó la necesaria reforma de la normativa española en lo relativo a las modificaciones contractuales por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y autorizó al Gobierno a elaborar el TRLCSP, actualmente derogado.

Así el artículo 105 del TRLCSP establecía que los contratos sólo podrán modificarse *“(...) cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.”*

A su vez, el artículo 106 del TRLCSP desarrollaba el primer supuesto indicando que:

“Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma

objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”.

En el presente caso, prevé la cláusula 17 del Anexo del PCAP “Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (artículo 106 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público)” en relación con el servicio de control de accesos a vías restringidas, que “se podrán llevar a cabo modificaciones con motivo de ampliaciones en los siguientes barrios:

Barrio de Justicia: 18 puntos de control

Barrio de Universidad: 27 puntos de control

Barrio de Ópera: 8 puntos de control

Resto de zonas de la ciudad: 47 puntos de control

Total: 100 puntos de control

El cálculo del importe de las modificaciones resultará de aplicar el precio de la unidad básica ofertado al número de unidades básicas que se amplían. Tal y como se indica en el pliego de prescripciones técnicas, el contratista del lote 3 será el que esté obligado a la ejecución del servicio objeto de ampliación en cualquiera de los barrios que se indican”.

Por tanto, la modificación propuesta supone la habilitación de crédito para 53 cámaras de control nuevas, con la distribución territorial siguiente: 18 puntos de control en el Barrio de Justicia, 24 puntos de control en el Barrio de Universidad y 11 puntos de control en el resto de zonas de la ciudad. Así, la implantación del ACCE a partir de

septiembre de 2018 supondrá la supresión simultánea de los APR actualmente existentes (Las Letras, Cortes, Embajadores y Ópera) y la colocación de 115 cámaras en el perímetro ACCE, de las cuales 13 procederán de las desinstaladas en el APR de Ópera, 49 de reposición de los APR de Cortes, Las Letras y Embajadores y 53 de nuevo origen.

El incremento de cámaras no supera el número de puntos de control previstos por cada uno de los barrios y, por tanto, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 106 TRLCSP.

La cláusula 17 del Anexo I del PCAP fija como límite el 50% del precio de cada lote al que como máximo podría afectar la modificación, la cual, como ha quedado expresado más arriba, implica un 4,25% del precio de adjudicación del contrato y de forma acumulativa, las modificaciones nº 1 y nº 2, un total de 13,93%, por lo que se trata de un porcentaje inferior al máximo de modificación previsto en el PCAP.

En suma, dado que la modificación sometida a Dictamen responde al interés público y se atiene a las exigencias sustantivas y formales propias de las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación, se considera ajustada a Derecho.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede informar favorablemente la segunda modificación del contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión denominado “Contrato integral de Movilidad de la Ciudad de Madrid (lote 3)”

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 14 de junio de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 269/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid