

Dictamen n^o: **417/12**
Consulta: **Alcaldesa de San Martín de la Vega**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **04.07.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 4 de julio de 2012, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de San Martín de la Vega, a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre expediente de modificación número 1 del contrato para la gestión del servicio público de “Limpieza viaria, recogida y transporte de residuos urbanos y gestión de punto limpio”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Del expediente remitido, adecuadamente foliado y numerado, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

El Pleno del Ayuntamiento de San Martín de la Vega, en sesión celebrada el día 4 de abril de 2009, adoptó acuerdo de aprobación del expediente para la contratación de la gestión del servicio público de “Limpieza viaria, recogida y transporte de residuos urbanos y gestión de punto limpio,” en la modalidad de concesión, junto con los pliegos de prescripciones técnicas (PPT) y de cláusulas administrativas particulares (PCAP) reguladores de la citada contratación, así como el proyecto de explotación, obrantes en el expediente y convocar la correspondiente licitación, por procedimiento abierto.

El 23 de julio de 2009 el Pleno municipal acordó adjudicar provisionalmente el contrato a la empresa A por considerar que su oferta es la mas ventajosa económicamente para este Ayuntamiento, al haber obtenido mayor puntuación, 80,26 puntos, de entre las presentadas, según informe del Comité de Expertos de 1 de julio de 2009, por el precio anual, sin IVA, de un millón setecientos setenta mil trescientos cincuenta y ocho euros con noventa y seis céntimos (1.770.358,96 €), más el IVA de ciento veintitrés mil novecientos veinticinco euros con trece céntimos (123.925,13 €) ascendiendo a un total de un millón ochocientos noventa y cuatro mil doscientos ochenta y cuatro euros con nueve céntimos (1.894.284,09€), y un periodo de duración del contrato de ocho años, prorrogable por mutuo acuerdo de las partes por una sola vez por otro periodo máximo de dos años.

El precio primitivo del contrato durante sus ocho años de duración, sin IVA, asciende a 14.162.871,68 euros, que resultan de multiplicar el precio anual por ocho años de contrato.

El 25 de agosto de 2009 el Pleno acordó adjudicar definitivamente el contrato para la gestión del servicio público de “Limpieza Viaria, Recogida y Transporte de Residuos Urbanos y Gestión del Punto Limpio” a la empresa citada por los precios y plazos señalados más arriba.

Con fecha 27 de agosto de 2009 se formalizó el correspondiente contrato administrativo y con fecha 31 de agosto de 2009 se formalizó el acta de inicio de la prestación del servicio, que comenzó a prestarse el día 1 septiembre de 2009.

Se ha procedido a la revisión de precios del contrato correspondiente a 2010 y a 2011 por acuerdos de la Junta de Gobierno Local de fecha 26 de octubre de 2010 y de fecha 26 de septiembre de 2011, respectivamente. En consecuencia el precio del contrato actualmente es el siguiente:

- Precio: 1.828.507,86 euros.
- IVA: 146.280,63 euros.
- Total precio vigente: 1.974.788,49 euros

El 19 de abril de 2012 por la Alcaldía se ha dictado providencia de inicio del expediente de modificación del contrato, que tiene su origen en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 14 de febrero de 2012 por el que se aprueba la memoria-propuesta de la Concejalía de Hacienda comprensiva de catálogo de medidas de reducción del gasto, de acuerdo con el plan de ajuste aprobado por el Pleno, en sesión de fecha 30 de marzo 2012, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 4/2012, de 24 de febrero. Obran incorporados al expediente certificación de los acuerdos de Junta de Gobierno y de Pleno antes citados.

También motiva la incoación del expediente la previa modificación del Reglamento regulador del Servicio por la que se suprime la prestación de recogida de los residuos domiciliarios de las actividades industriales sitas en el Polígono industrial AMAYR. La citada modificación fue aprobada inicialmente por el Pleno en sesión de fecha 18 de abril de 2012, aprobación que se elevó a definitiva el 31 de mayo de 2012.

El 23 de abril de 2012 el técnico municipal responsable del contrato emite informe sobre la modificación del contrato, del que se da traslado a la empresa concesionaria con esa misma fecha.

El 27 de abril de 2012 la empresa concesionaria presenta escrito en el que realiza alegaciones al informe anterior. En ellas manifestaba expresamente que no se oponía a la modificación propuesta:

“(...) sobre el contenido económico de los capítulos 1 (prestación de servicios prescindibles), 2 (eliminación de mejoras pendientes de inversión), 3 (eliminación de herramientas y elementos auxiliares a

la prestación del servicio que se compensarán con otros elementos de inspección y control sin coste para este Ayuntamiento), 4 (campañas de concienciación ciudadana), 5 (eliminación de maquinaria), 6 (nuevo cuadro del servicio), 7 (servicio compensatorio) y 8 (modificación del precio del canon anual el servicio de limpieza viaria, residuos sólidos urbanos -RSU- y gestión del punto limpio) ”.

Ello no obstante, solicita la modificación del pliego de prescripciones técnicas (PPT) para adaptarlo a las anteriores modificaciones, en los siguientes aspectos:

- Supresión del artículo 9.1.6 relativo a barrido manual motorizado.
- Modificación de los artículos 9.2 y 10 apartados 1, 2 y 3 para señalar, sobre el servicio de baldeo, que la adjudicataria solo quedará obligada a prestar las 40 jornadas incluidas en la modificación efectuada como servicio compensatorio.
- Supresión del artículo 10.4 relativo a limpieza de pintadas y retiradas de carteles y pancartas.
- Supresión de la referencia, en el artículo 10.7, al sistema de aspiración colocado en motocicleta por realizarse la prestación del servicio de limpieza de excrementos caninos mediante barrido manual.
- Supresión en el artículo 10.10 de lo relativo a la limpieza de manchas en el pavimento (aceite y chicles).
- Supresión del artículo 10.15 relativo a la limpieza del solar destinado a plaza municipal de toros.
- Modificación de los artículos 16 y 23.3 ya que al modificarse el servicio de lavado y desinfección de contenedores la empresa adjudicataria

solo queda obligada a prestar las 20 jornadas incluidas en la modificación efectuada como servicio compensatorio.

- Supresión de los dos primeros puntos del artículo 24 relativos a la adaptación de soterrados al nuevo sistema de recogida.

- Modificación del artículo 27.3 para que establezca la obligación del contratista de disponer de material móvil y vehículos necesarios para la prestación del servicio y que todos ellos deberán estar amortizados a la fecha de finalización del periodo de ocho años de duración inicial de la concesión.

- Supresión de los artículos 30 m) y 32 b).

- Modificación del artículo 38 para indicar los vehículos que se incluirán en el nuevo cuadro de servicio.

- Asunción por parte del Ayuntamiento de la alteración del equilibrio económico y financiero que suponga la amortización de puestos de trabajo mediante la compensación económica del *“coste íntegro y definitivo de dicha reducción”*.

- Adecuación de la garantía definitiva al nuevo precio.

El 1 de junio de 2012, se redacta propuesta de modificación del contrato firmada por el concejal del Área de Servicios al Municipio, que fue informada favorablemente por el técnico municipal responsable del contrato.

Con fecha 5 de junio de 2012 se da traslado de la propuesta de modificación a la empresa concesionaria, otorgándole trámite de audiencia. En uso de este trámite, la contratista presentó alegaciones el 7 de junio de 2012 la empresa concesionaria manifiesta que no se formaliza oposición a la propuesta de modificación.

La propuesta de modificación:

- Suprime determinadas prestaciones.
- Elimina inversiones pendientes de realización incluidas en las mejoras propuestas en la oferta del adjudicatario, así como inversiones pendientes de realización correspondientes a elementos complementarios para la prestación de servicios que se puedan considerar como prescindibles.
- Elimina los saldos pendientes de inversión en maquinaria favorables al Ayuntamiento.
- Suprime las campañas de concienciación ciudadana.
- Elimina la obligación de utilización de determinada maquinaria.
- Establece un nuevo cuadro del servicio como consecuencia de las modificaciones anteriores, en el que se determinan las horas de trabajo resultantes y los puestos de trabajo que se consideran innecesarios para la prestación del servicio de acuerdo con las nuevas condiciones.
- Establece un servicio compensatorio para las tareas de lavado de contenedores y baldeo de calzadas con el número de jornadas anuales estrictamente necesarias para cubrir el vacío ocasionado por la supresión de la maquinaria asignada a estas tareas.

En consecuencia, se propone la modificación del PPTP regulador del presente contrato.

La valoración económica de la propuesta de modificación fija el nuevo precio anual del contrato, sin IVA, en la cantidad de 1.314.846,2216 euros, que implica una reducción sobre el precio vigente en 2012 (1.828.507,86) de 513.661,64, lo que supone un porcentaje de variación del 28,09 por ciento, y sobre el precio primitivo del contrato en 2009

(1.770.358,96) de 455.512,74 euros, que es un porcentaje de variación del 25,72 por ciento.

El nuevo precio anual por el periodo de duración del contrato que resta asciende a 11.847.348,55 euros, ello implica que la reducción sobre el precio total asciende a 2.315.523,13 euros, es decir, el 16,35 por ciento. Sin embargo, en cómputo anual, es superior al 20 por ciento.

El 8 de junio se emitieron informes por el secretario general y el interventor, respectivamente y el 11 de junio de 2012 por la Alcaldía se resolvió:

- Solicitar dictamen al Consejo Consultivo sobre la modificación contractual objeto del expediente remitiendo la solicitud a través de la vicepresidencia, consejería de Cultura y Deportes y portavocía del Gobierno junto con copia del expediente.
- Suspender el procedimiento desde la solicitud de dictamen hasta la recepción del mismo por un plazo máximo de tres meses, en aplicación del artículo 45.2 LRJ-PAC.
- Notificar a los interesados, la suspensión y la recepción del dictamen solicitado a los efectos del levantamiento de la misma.

SEGUNDO.- El día 13 de junio de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el vicepresidente, consejero de Cultura y Deportes y portavoz del Gobierno el 12 de junio de 2012, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de San Martín de la Vega, firmada por su alcaldesa, relativa al expediente de modificación número 1 del contrato para la gestión del servicio público de “Limpieza viaria, recogida y transporte de residuos urbanos y gestión de punto limpio”.

Admitido a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada con el número de expediente 384/12, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Ha correspondido su ponencia a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 4 de julio de 2012.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Carácter del dictamen y competencia del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) dispone en su artículo 195.3 que “(...) *No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: b) Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y este sea igual o superior a 6.000.000 euros*”.

Por su parte, la Ley 27/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) disminuyó hasta el 10 por ciento el porcentaje de variación sobre el precio primitivo para que sea exigible el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente.

De acuerdo con lo indicado en la exposición fáctica de este dictamen, el precio primitivo del contrato es superior a 6.000.000 euros en tanto en cuanto de acuerdo con la doctrina de este órgano consultivo, fijada entre otros, en los dictámenes 114/09, 226/10, 321/10, 272/11, 273/11, 274/11 y 275/11, el precio primitivo del contrato debe ser considerado teniendo en cuenta todo el plazo de duración del mismo.

Por otro lado, la modificación proyectada entraña una variación del 16,35 por ciento del precio total del contrato y del 28,09 por ciento respecto del presupuesto para el año 2012 y del 25,72 por ciento del precio primitivo del contrato el año 2009, en definitiva, la variación supera en cómputo anual el 20 por ciento y en cómputo global el 10 por ciento, por lo que resulta preceptiva la emisión de dictamen por este órgano consultivo.

La solicitud de dictamen por la alcaldesa de San Martín de la Vega se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deportes y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007, por lo tanto, por órgano legitimado para ello y a través del cauce legalmente establecido.

El dictamen, que no tiene carácter vinculante, ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 Ley 6/2007.

El Decreto de Alcaldía por el que se solicita el presente dictamen comprende también el acuerdo de suspender el procedimiento hasta la recepción del dictamen en aplicación del artículo 42.4 c) LRJ-PAC así como de notificar la suspensión a la empresa contratista. Lo cierto es que

no se han incorporado al expediente documentos que acrediten esta notificación a la adjudicataria, por lo cual, en el hipotético caso de no haber tenido lugar dicha comunicación, el procedimiento no estaría suspendido y puesto que se inició el 19 de abril de 2012 el plazo para su tramitación y resolución concluiría el 19 de julio de 2012.

SEGUNDA.- Normativa aplicable.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011 (TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera apartado 2, que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimientos y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, introduce una nueva regulación de los contratos, en especial de su modificación, dando nueva redacción a los artículos 195 y 202 de la LCSP, y creando los nuevos artículos 92 bis al 92 quinquies. No obstante, su disposición transitoria séptima establece:

“Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

El contrato cuya modificación se ha sometido a consulta fue adjudicado el 25 de agosto de 2009, por lo que le resulta de aplicación lo dispuesto en la redacción original de la LCSP.

TERCERA.- Examen del procedimiento tramitado.

En materia de procedimiento, la modificación de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 195, 202, y específicamente para el contrato de gestión del servicio público, el artículo 258 LCSP.

El artículo 195.1 LCSP dispone: *“En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista”*.

El trámite de audiencia al contratista también se exige por los siguientes artículos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGCAP):

- Artículo 97. Resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos.

“Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales, se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:

- 1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.*
- 2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.*
- 3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.*

4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

Salvo que motivos de interés público lo justifiquen o la naturaleza de las incidencias lo requiera, la tramitación de estas últimas no determinará la paralización del contrato”.

- Artículo 102. Procedimiento para las modificaciones.

“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente”.

El trámite de audiencia al contratista se ha cumplido en el caso sometido a dictamen, dado que, con fecha 27 de abril de 2012 la empresa adjudicataria presentó alegaciones (folios 23 a 27) a la primera propuesta de modificación en las que solicitaba determinadas variaciones en el clausulado del PPT para adaptarlo a las nuevas condiciones de prestación del servicio planteadas en la propuesta de modificación y, posteriormente, el 7 de junio de 2012 presentó de nuevo alegaciones en las que manifiesta expresamente que no formaliza oposición a la modificación propuesta, que incluye los cambios solicitados en el PPT (folio 57).

Los preceptos citados del RGCAP también exigen que se incorporen al expediente informes de la Asesoría Jurídica y de la Intervención. En este caso consta la emisión de informe jurídico emitido por el secretario general del municipio de 8 de junio de 2012 (folios 65 a 82) así como de informe del interventor de la misma fecha (folios 83 a 84).

Bien es cierto que los informes jurídicos y de intervención han sido emitidos con posterioridad al trámite de audiencia, lo que, sin embargo, no

ha supuesto indefensión al contratista a juicio de este órgano consultivo ya que no se han puesto de manifiesto otras cuestiones que no estuvieran planteadas con anterioridad.

CUARTA.- Requisitos para la modificación.

El artículo 202 LCSP, por su parte, dispone:

“1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.

No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b).

2. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual.

3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 140.

4. 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 resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación”.

1. Justificación en el expediente de las razones de interés público y de las circunstancias imprevistas que fundamentan la modificación.

Existe, pues, la exigencia legal de justificar en el expediente la necesidad de modificar el contrato por razones de interés público y para atender a circunstancias imprevistas.

Se ha incorporado al expediente el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 14 de febrero de 2012, por el que se aprueba la memoria-propuesta económica de la Concejalía de Hacienda comprensiva de un catálogo de medidas de reducción del gasto público y se requiere a las distintas Concejalías para que procedan a efectuar las actuaciones necesarias para la determinación de las medidas de reducción del gasto público antes aprobadas, y su elevación al órgano municipal competente para su aprobación.

En este acuerdo se contiene una exposición sobre la situación económica del Ayuntamiento y se indica de forma expresa que *“sin la adopción de esas medidas de reducción del gasto, y la consecución del equilibrio presupuestario, la situación llegará a ser insostenible y este Ayuntamiento se verá en la imposibilidad de prestar los servicios públicos esenciales para la comunidad”.*

Entre las medidas planteadas se recoge la de reducir el precio de varios contratos de gestión de servicios públicos del Ayuntamiento proponiendo simultáneamente una reducción de las prestaciones objeto de los contratos, respetando los niveles mínimos de calidad y cobertura de cada servicio. Entre los contratos afectados se encuentra el contrato de gestión del servicio público de “Limpieza Viaria, Recogida y Transporte de Residuos Urbanos y Gestión de Punto Limpio”.

Posteriormente, el 30 de marzo de 2012, el Pleno municipal aprobó el plan de ajuste previsto en el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, *“por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales”*.

En la Providencia de Alcaldía que da inicio al presente expediente se expone:

“Se consideran causas imprevistas las razones de austeridad y de reducción del gasto exigidas por la actual situación económica del Ayuntamiento, plasmadas en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local y en el plan de ajuste antes referenciados. En estos momentos esa situación económica exige reducir el gasto al objeto de conseguir evitar la situación de insuficiencia presupuestaria en la que nos encontramos y poder acogernos al mecanismo de financiación previsto en el Real Decreto-Ley 4/2012. Asimismo, se considera causa imprevista la supresión de la recogida de residuos domésticos de actividades industriales en el polígono industrial AIMAYR, inicialmente incluida en el objeto del contrato, y que se elimina como consecuencia de la modificación del Reglamento regulador del Servicio, modificación motivada por la situación de riesgo existente en la citada recogida, a la que ya se ha hecho mención anteriormente”.

En atención a lo expuesto cabe considerar acreditadas las causas imprevistas que motivan la modificación contractual planteada.

En cuanto a las razones de interés público, la situación económica del municipio justifica suficientemente la modificación y así lo fundamenta también el documento de incoación del expediente al expresar:

“En estos momentos el interés general exige una política de austeridad y de reducción del gasto en la que los escasos recursos económicos se destinen a las necesidades más perentorias que se han de afrontar en las situaciones de crisis económica. La no aplicación de esa política de austeridad conduciría, a corto plazo, a una situación económica insostenible, que imposibilitaría la prestación por el Ayuntamiento de los servicios esenciales a la comunidad”.

2. Prohibición de que la modificación afecte a las condiciones esenciales del contrato.

El citado artículo 202 LCSP exige, además, que las modificaciones no afecten a las condiciones esenciales del contrato. Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado toda vez que no se explicita qué son las condiciones esenciales del contrato.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 29 de abril de 2009, Comisión contra *CAS Suchi di Frutta SpA* determinó la imposibilidad de modificar los contratos públicos tras su celebración salvo que se cumpliesen dos requisitos:

- Que la posibilidad de modificación estuviese prevista de forma clara, precisa e inequívoca en las bases de la licitación.
- Que la modificación no afectase a ninguna condición esencial del contrato, lo que trata de evitar que la modificación altere la competencia y la libre concurrencia estableciendo condiciones diferentes que, de haber

sido conocidas con anterioridad, hubieran permitido la licitación a otros sujetos o la presentación de ofertas distintas por los mismos sujetos que concurrieron.

La STJCE de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur C-454/06* entendió que las modificaciones contractuales encubre una nueva adjudicación “*cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial, y por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato*”.

En el ordenamiento español la Ley 2/2011, de 4 de enero, de Economía sostenible (LES) reformó la LCSP. Esta reforma es preciso recordar que trae causa de la disconformidad del Derecho español con el Derecho de la Unión Europea, de prevalente aplicación, que fue formalmente comunicada por la Comisión Europea mediante carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2006 y, posteriormente, mediante dictamen motivado de 2 de diciembre de 2008.

Esta circunstancia determina que, si bien la normativa aplicable al contrato cuya modificación se pretende es la LCSP en su redacción original, lo cierto es que a la hora de interpretar el concepto jurídico indeterminado “*condiciones esenciales del contrato*” debamos acudir a lo que por ellas entiende la LES en tanto en cuanto sean exigencias del Derecho de la Unión Europea. Así, el artículo 92 quáter, apartado 3 de la LES entiende que se modifican las condiciones esenciales:

“a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

c) *Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.*

d) *Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.*

e) *En cualesquiera otros casos en que puede presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes de las formuladas”.*

Es preciso detenernos brevemente en lo regulado en el apartado d), citado, para compartir el criterio acertadamente expuesto por el secretario general del Ayuntamiento de San Martín de la Vega cuando afirma:

“Se considera que la cuantificación de este límite no se deriva de la normativa comunitaria y ha sido fijado por el legislador español ese porcentaje como podría haberse fijado otro superior. De hecho el borrador de la Ley de Economía sostenible fijaba el límite del 15 por ciento, si bien luego se fijó en el texto aprobado el 10 por ciento vigente. En conclusión, se considera que ese límite del 10 por ciento no es de aplicación al presente expediente de modificación contractual, al haber sido determinado por una ley de vigencia posterior y no derivarse de la normativa comunitaria”.

En efecto, recordemos que la normativa aplicable a esta modificación es la LCSP y que solo evocamos la LES en este caso para adoptar su regulación, como criterio interpretativo, para ceñir el concepto “condiciones

esenciales del contrato” al Derecho de la Unión Europea pero no para ir más allá, como hace, legítimamente, el legislador español en la LES que, reiteramos, no es de aplicación a este caso sino que se adopta como criterio interpretativo y únicamente en aquello que sea exigencia de la normativa comunitaria pero no en lo que no lo sea.

En relación con el resto de apartados del artículo 92 quáter, apartado 3 de la LES el informe del secretario general del Ayuntamiento advierte que la modificación propuesta no afecta a las condiciones esenciales al afirmar:

“- La finalidad del contrato y su objeto siguen siendo los mismos, limitándose la modificación propuesta a reducir determinadas prestaciones en él incluidas. Por tanto, no varían sustancialmente las características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

- No se altera la relación entre la prestación contratada y el precio, tal como esa relación quedó definida por las condiciones de adjudicación. Únicamente se reduce el precio en proporción a la reducción de prestaciones, no alterándose la relación inicial entre ambos.

- Las prestaciones que se mantienen en el contrato ya estaban incluidas en su objeto inicial, aunque ahora reducidas, por lo que no es necesaria una habilitación profesional diferente o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas”.

En atención a ello cabe considerar que no se modifican las condiciones esenciales del contrato.

3. Exigencia de que la posible modificación se encuentre prevista en la documentación de la licitación.

El artículo 202 dispone: “2. *La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de*

acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual”.

Para verificar el cumplimiento de este requisito hemos de estudiar los pliegos de contratación, adjuntos al expediente sometido a dictamen.

El pliego de prescripciones técnicas particulares (PPT) dispone lo siguiente en su cláusula 3:

- En el apartado 3.1 establece:

“El Ayuntamiento podrá, de forma motivada, modificar el contrato cuando lo considere conveniente para el interés público, previa audiencia del contratista, en la forma prevista en el PCAP. El concesionario está obligado a aceptar las modificaciones acordadas por el Ayuntamiento, si bien, en el supuesto de que las mismas afecten al régimen económico del contrato, el concesionario tendrá derecho al correspondiente reequilibrio del precio de la concesión mediante la correspondiente actualización. Por tanto, en los supuestos en que los que las modificaciones carezcan de trascendencia económica, el concesionario no tendrá derecho a indemnización alguna por razón de las mismas”.

- En el apartado 3.2 expresa:

“El Ayuntamiento podrá ampliar o reducir las prestaciones objeto de los servicios contratados, o modificar la forma en que las mismas se ejecutan. Así, se citan a título de ejemplo, los supuestos de incremento o reducción de las frecuencias de recogida o de limpieza, la modificación de los sistemas de recogida o de limpieza, etc. (...)”.

- En el apartado 3.3.1 indica:

“El Ayuntamiento podrá ampliar la prestación de todos o de alguno de los servicios objeto del presente contrato a zonas o núcleos de población que inicialmente quedan excluidos del ámbito de prestación de los mismos en el presente pliego. Asimismo, podrá reducir el ámbito territorial de prestación de los mismos, excluyendo ámbitos territoriales incluidos inicialmente o durante la vigencia del contrato”.

El pliego de cláusulas administrativas particulares también prevé la modificación contractual, si bien de forma más genérica en las cláusulas 3, 25 y 34.

La cita de las mencionadas cláusulas pone de manifiesto que el pliego recogía de forma indubitada la posibilidad de una modificación de las características de la que se propone en el expediente.

QUINTA.- El equilibrio económico-financiero del contrato.

El artículo 258 LCSP dispone:

“1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista 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 contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

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

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.

b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c) 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 214 de esta Ley.

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 reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente”.

El PCAP que rigen para el contrato cuya modificación se pretende, por su parte, dispone en su cláusula 34:

“La ejecución del contrato se desarrollará a riesgo y ventura del concesionario, sin que este pueda solicitar alteración del precio o indemnización a causa de pérdidas, averías o perjuicios acaecidos en la prestación del servicio. No obstante lo anterior, el régimen

económico del presente contrato deberá mantener las condiciones de equilibrio económico-financiero en los términos considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el del concesionario, de conformidad con lo previsto en la presente cláusula.

El Ayuntamiento deberá restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando el Ayuntamiento modifique, por razones de interés público motivadas por necesidades nuevas o imprevistas debidamente justificadas en el expediente, las condiciones de explotación establecidas en el presente pliego o en el PPT.

b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la economía del contrato.

c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderán por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 LCSP”.

Como ha quedado puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, la disminución del precio del contrato se ha acompañado de una disminución equivalente de prestaciones, sin que la contratista haya formulado oposición, aunque en sus alegaciones iniciales solicitó la adecuación de los pliegos a las nuevas obligaciones, lo cual fue aceptado por el Ayuntamiento en la propuesta de modificación contractual sometida a consulta.

En mérito a lo que antecede, este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la aprobación de la modificación número 1 del contrato para la gestión del servicio público de “Limpieza viaria, recogida y transporte de residuos urbanos y gestión de punto limpio”.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 4 de julio de 2012

