

Dictamen nº: **142/16**
Consulta: **Alcalde de Navalcarnero**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **02.06.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad , en su sesión de 2 de junio de 2016, emitido ante la consulta formulada por el alcalde-presidente de Navalcarnero, 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 resolución del contrato de gestión indirecta, en la modalidad de concesión, denominado “*servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza urbana y mantenimiento y limpieza de zonas verdes de todo el municipio de Navalcarnero (Madrid)*”, suscrito con la empresa Fomento de Construcciones y Contratas S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Navalcarnero.

A dicho expediente se le asignó el número 272/16, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de

Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno(en adelante, ROFCJA).

El día 19 de mayo de 2016 se recibió en esta Comisión Jurídica Asesora documentación complementaria remitida por el alcalde de Navalcarnero.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, 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 2 de junio de 2016.

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

1-. El Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero aprobó el 14 de junio de 2012 el Pliego de Condiciones, que había de regir la adjudicación, mediante procedimiento abierto, del contrato de gestión indirecta, bajo la modalidad de concesión, del servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza urbana y mantenimiento y limpieza de zonas verdes de todo el municipio de Navalcarnero (Madrid), con un tipo de licitación del conjunto de los servicios objeto del pliego fijado en la cantidad anual de dos millones quinientos noventa y nueve mil euros (2.599.000,00 €), IVA incluido. El plazo de la concesión se establecía en diez años, a contar desde la formalización del contrato. Dicho plazo era prorrogable anualmente, de manera expresa, por mutuo acuerdo de las partes y antes de la finalización del contrato, hasta un máximo de cinco años más.

En la cláusula XXVII se contempla la modificación del contrato, distinguiendo entre las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación, reguladas en el artículo 106 del Texto Refundido de

la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y las modificaciones no previstas en la documentación, a las que se refiere el artículo 107 del TRLCSP. En cuanto a las primeras la citada cláusula dispone:

“A estos efectos, en el supuesto de que, una vez iniciada la prestación del servicio, se considere procedente o necesario realizar una redistribución de las prestaciones, para ajustarlas a las necesidades reales del municipio, tanto por ampliación como por disminución de esas necesidades, y esta circunstancia pueda verificarse de manera objetiva, a través de los informes técnicos y/o económicos que se sean procedentes, el contrato podrá modificarse en una cuantía no superior a un 10% del precio primitivo del contrato.

Los supuestos en que podrá modificarse el contrato son los siguientes:

- *Por disminución o ampliación de las superficies de vías a limpiar.*
- *Por disminución o ampliación de las frecuencias de la recogida de residuos.*
- *Por disminución o ampliación de las distintas operaciones de limpieza viaria.*
- *Por disminución o ampliación de las superficies de zonas verdes a mantener.*
- *Por disminución o ampliación del arbolado de alineación a mantener.*

En este caso, la modificación acordada por el órgano de contratación, siguiendo el procedimiento establecido en el Artículo 211 del TRLCSP

y 102 del RGLCAP, será obligatoria para el contratista. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”.

En cuanto a las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, se establece en la referida cláusula que solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

“a. Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b. Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c. Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d. Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e. Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato”.

La Cláusula añade que la modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este apartado no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria:

“A estos efectos, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

- 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% 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 pueda 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 a las formuladas”.*

En relación con la resolución del contrato la Cláusula XIX del PCAP se remite a las causas establecidas en los artículos 223 (excepto las previstas en los apartados d) y e)) y 286 del TRLCSP.

2.- El Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero acordó el 14 de febrero de 2013 la adjudicación del contrato a la empresa F., S.A., por un precio anual de dos millones quinientos noventa y seis mil doscientos setenta y cuatro euros con ochenta y cuatro céntimos (2.596.274,84 €) IVA incluido.

3.- El contrato se formalizó el 13 de mayo de 2013.

4.- El 22 de julio de 2013 se emite informe por los servicios técnicos municipales en el que se pone de manifiesto lo siguiente:

“Desde la puesta en marcha del servicio se ha llevado a cabo un seguimiento y evaluación de los servicios contratados. Así, se ha observado que durante los domingos y festivos se acumulan gran cantidad de residuos fuera de los contenedores soterrados, al igual que durante el turno de tarde. Por otro lado, se ha detectado que es insuficiente la apertura del Punto Limpio una mañana a la semana, para asegurar un buen servicio. Esto asociado al aumento de quejas vecinales recibidas sobre el estado de limpieza y ornato público del municipio, hace que como mínimo, sea necesario realizar un aumento en las frecuencias de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza urbana y mantenimiento y limpieza de zonas verdes de todo el municipio de Navalcarnero (Madrid)”.

Por ello se propuso una modificación del contrato, con un aumento del 3,56% del precio del contrato, que fue aceptada por la empresa contratista el 23 de julio de 2013.

El Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero en sesión celebrada el 1 de agosto de 2013, aprobó la modificación del contrato que fue formalizada el 29 de agosto siguiente.

TERCERO.- 1.- Consta en la documentación examinada que el dia 22 de diciembre de 2015 la empresa contratista presentó al Ayuntamiento de Navalcarnero un escrito en el que se decía que “*según conversaciones mantenidas con el Excelentísimo Ayto. de Navalcarnero con el objeto de adecuar el contrato adjudicado a F., S.A. en el año 2013 a las necesidades planteadas por el mismo, se adjuntan 4 propuestas de modificación, con sus correspondientes cuadros económicos (resumidos por partidas) sobre los servicios actualmente prestados, conservando la totalidad de los puestos de trabajo, así como las condiciones laborales de todos los trabajadores adscritos al contrato vigente y sin detrimento de la calidad de los servicios prestados*”. Todas las propuestas suponían una reducción del precio del contrato que oscilaba entre el 1,74% y el 7,96%.

2.- El 16 de febrero de 2016 el Ayuntamiento de Navalcarnero remite a la empresa contratista una propuesta de modificación del servicio en la que se señala como consideraciones previas lo siguiente:

“El Ayuntamiento de Navalcarnero busca en primer lugar obtener ahorro económico respecto a la situación actual y un aumento en la calidad de los servicios a prestar. Para ello, se consideran varios aspectos fundamentales:

1.- Cambio del sistema de contenerización pasando de un sistema soterrado de carga trasera para residuos orgánicos y de envases ligeros, y de carga superior mediante iglú para papel-cartón y vidrio, a carga lateral.

2.- Máxima mecanización para prestar los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos urbanos.

3.- Máxima combinación en el empleo de medios mecánicos y humanos.

4.- Optimización en el empleo de los medios humanos.

5.- Modernización de los medios mecánicos sin revertir a propiedad municipal a la finalización del contrato, al considerarse alquileres o arrendamientos.

6.- A estudio: Cesión de la facturación de los convenios firmados con ECOEMBES y la Comunidad de Madrid directamente al adjudicatario, con el fin de aumentar la calidad y peso de residuos de recogida selectiva.

Se tiene que tener en cuenta, que debido a esta optimización de prestación del servicio público, se considerará el paso de medios humanos del servicio de recogida de residuos actual, al servicio de limpieza viaria”.

En virtud de las modificaciones propuestas por el Ayuntamiento de Navalcarnero el precio del contrato pasaría a ser de 2.289.883,52 euros al año, IVA incluido.

3.- El 19 de febrero de 2016 la empresa contratista contesta a la propuesta de modificación planteada por el Ayuntamiento de Navalcarnero oponiéndose a la misma por considerar, en síntesis, que el planteamiento de algunos servicios resultaba insuficiente; los costes de funcionamiento no se ajustaban a la realidad; no se habían valorado algunos costes y algunas partidas estaban infravaloradas.

4.- El 19 de febrero de 2016 los servicios técnicos municipales emiten informe en el que señalan:

“...se iniciaron conversaciones con la adjudicataria con el fin de solucionar la problemática existente en los servicios objeto de

contrato, además de efectuar una reducción del coste en su prestación. Como consecuencia, el 22 de diciembre de 2015, el actual contratista presenta tres opciones para la modificación del contrato con reducciones de importe que varían del 7,96% al 1,74%. Todas las opciones tienen en común la reducción de prestación del servicio mediante la eliminación de partidas tales como: eliminación del servicio de lavado de contenedores, eliminación de los operarios de refuerzo de verano, no suplir el 50% de las vacaciones y reducción del 50% de los días de apertura del punto limpio. Como mejoras tecnológicas en las dos primeras opciones establecen el cambio de contenedores soterrados a contenedores en superficie de carga trasera, y en la tercera opción el cambio de casi la totalidad de los contenedores a carga lateral, pero con un total de 230 contenedores. Se destaca también, que en las dos últimas opciones indican inversiones para la compra de nuevos medios mecánico.

Las modificaciones propuestas por el adjudicatario, no solo NO mejoran la prestación de los servicios, si no que agudizarán las deficiencias existentes al no solucionar la recogida en todo el municipio los domingos y festivos, no crear recogidas selectivas en zonas de mayores productores de residuos, no crear servicios de limpieza de mantenimiento, no crear equipos de barrido mixto, no crear servicios especiales para la recogida de voluminosos, muebles y poda en el lugar de origen, no aumentar los efectivos en limpieza viaria y zonas verdes,...

Como consecuencia de la imposibilidad de efectuar modificación del contrato asegurando una buena calidad en los resultados y demás aspectos reseñados con anterioridad, desde los Servicios Técnicos Municipales se procedió a elaborar un estudio técnico de explotación para la prestación de los servicios de recogida de residuos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes que asegurara

unas condiciones óptimas de ornato público, aseo, limpieza, ausencia de residuos calidad alta en las zonas verdes. Para lo que se consideró como punto fundamental las mejoras técnicas, aumento de personal y reorganización del servicio (aspecto que puede ser consultado en la memoria obrante en el expediente oportuno), que supondría un coste a este Ayuntamiento durante los primeros seis años de 2.021.451,63 euros/año sin IVA ó de 2.289.883,52 euros/año con IVA. y durante los restantes años de 1.937.258,36 euros/año sin IVA ó 2.197.270,93 euros/año con IVA. Lo que supondría en los primeros seis años una disminución del importe en 429.345,75 euros sin IVA o 452.158,76 euros con IVA y en el resto de años una disminución del importe en 513.539,02 euros sin IVA o 544.771,35 euros con IVA.

El 16 de febrero de 2016, es recepcionado por personal de F., S.A., resumen de la memoria de explotación del servicio, a la cual se tendría que añadir los costes de las amortizaciones pendientes.

Con fecha 19 de febrero de 2016, F., S.A., presenta propuesta de prestación de servicios, recogiendo los fijados en la memoria reseñada con anterioridad, y por un importe anual de 2.731.255,95 euros/año. Lo que supone una modificación del contrato con una reducción del 0,42%”.

5.- El 19 de febrero de 2016 el concejal-delegado de Servicios Municipales y Medio Ambiente, teniendo en cuenta el informe de los servicios técnicos municipales y “que el porcentaje de reducción del 0,42% se considera que sigue produciendo una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación de los servicios en los términos inicialmente pactados, y no siendo posible modificar el contrato”, propone que se inicien los trámites para la resolución contractual.

6.- El 22 de febrero de 2016 la Técnico Jurídico del Ayuntamiento de Navalcarnero emite informe sobre la propuesta de resolución del contrato.

7.- En la misma fecha el concejal-delegado de Servicios Municipales y Medio Ambiente propone elevar al Pleno propuesta de resolución contractual al amparo de lo establecido en el artículo 223.g) del TRLCSP *“por considerar los términos inicialmente pactados, lesivos para el interés público, no siendo posible llevar a cabo una modificación del contrato de acuerdo con lo establecido en los artículos 106 y 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y habiéndose realizado un nuevo estudio económico del coste del servicio, que supone una disminución del importe anual en 429.345,75 euros, IVA no incluido”*.

8.- El 25 de febrero de 2016 emite informe la interventora municipal.

9.- El 3 de marzo de 2016 el Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual y dar audiencia al contratista.

10.- La empresa contratista formula alegaciones el 21 de marzo de 2016 en las que se opone a la resolución contractual por considerar inaplicable la causa de resolución prevista en el apartado g) del artículo 223 del TRLCSP, ya que sostiene que *“la posibilidad futura e hipotética de un ahorro a la corporación jamás puede considerarse una lesión grave al interés público. En primer lugar, porque la falta de previsión de la corporación local respecto del contrato en vigor (dando por bueno el argumento de que el contrato actual es caro, lo que es absolutamente incierto) jamás puede justificar la resolución contractual... Y en segundo término, aunque no menos importante, el artículo 223.g) exige que haya “la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación”. En este caso en el expediente*

brilla por su ausencia cuál es la posibilidad cierta de producción de una lesión grave. Lo único que el Ayuntamiento aduce es que, en su criterio podría obtenerse una licitación más barata y además de mayor calidad».

11.- El 23 de marzo de 2016 los servicios técnicos se ratifican en su informe de 19 de febrero de 2016. Asimismo, el 29 de marzo de 2016 la Técnico Jurídico se ratifica en su informe de 22 de febrero de 2016.

12.- El 21 de abril de 2016 se redacta propuesta de resolución contractual por la causa prevista en el artículo 223.g) del TRLCSP; se reconoce a la empresa contratista una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, al amparo del artículo 225.5 del TRLCSP y se propone la devolución de la garantía definitiva constituida por importe de 118.188,97 euros.

CUARTO.- Según la documentación complementaria remitida a esta Comisión Jurídica Asesora el 19 de mayo de 2016, el Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero el día 3 de marzo de 2016 aprobó el expediente y los pliegos de condiciones que habían de regir la adjudicación de un nuevo contrato, con un presupuesto anual de 2.289.883 euros, IVA incluido y un plazo de ejecución de seis años, a contar desde la formalización del contrato, prorrogable anualmente, hasta un máximo de dos años.

Con fecha 14 de abril de 2016 tuvo entrada en el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa contratista contra los referidos pliegos de condiciones “*por no ser conformes a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que debe ser transpuesta por el Estado Español a más tardar el 18 de abril de 2016*”.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid desestimó el recurso por Resolución de 11 de mayo de 2016.

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 del alcalde-presidente de Navalcarnero 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 ROFCJA (“*Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local*”).

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución estamos analizando se adjudicó por el Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero el 14 de febrero de 2013 por lo que resulta de aplicación el TRLCSP.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, lo que supone la aplicación, en el caso analizado, del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Con carácter supletorio, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del mismo TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y normas complementarias. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Por otro lado el apartado tercero artículo 211 dispone que 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.

Además, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril

TRRL), son necesarios los informes de la Secretaría e Intervención municipales.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia a la empresa contratista la cual, mediante escrito de 21 de marzo de 2016, ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Del expediente examinado resulta que no se propone la incautación de la garantía, por lo que no resulta preceptiva la audiencia al avalista.

Se ha solicitado el dictamen de este órgano consultivo conforme con lo previsto en el artículo 211 del TRLCSP, que establece el carácter preceptivo del dictamen cuando se formule oposición por parte del contratista. Así ocurre en el caso analizado, según se deduce con claridad de los escritos de alegaciones presentados por el representante de la empresa contratista.

Por otra parte han emitido diversos informes los Servicios Técnicos y Jurídicos municipales, así como la Intervención. No consta, sin embargo, el informe de la Secretaría del Ayuntamiento, órgano al que corresponde la función de asesoramiento legal de la Corporación, conforme al artículo 129 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.

No obstante, teniendo en cuenta la variedad de informes incorporados al expediente, que brindan al órgano competente suficientes elementos de juicio, jurídicos y técnicos, respecto de la decisión a adoptar, se considera que la omisión de este trámite constituye una mera irregularidad no invalidante, determinante de anulabilidad (artículo 63.1 LRJ-PAC), pues dicho informe de Secretaría no supone un requisito esencial para resolver (así consideró el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 29/11, entre

otros). Todo ello sin perjuicio de recordar al órgano competente la necesidad de que dicho informe se incorpore al procedimiento de resolución del contrato y se otorgue audiencia al interesado si se recogieran nuevos hechos o circunstancias cuyo desconocimiento pudiera causarle indefensión.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP-ni el RGCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LRJ-PAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esta ley se aplica con carácter subsidiario los preceptos de la Ley 30/1992, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar el 3 de marzo de 2016, y ha tenido entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el 11 de mayo de 2016, por lo que si este órgano consultivo agotase el plazo del que legalmente dispone para dictaminar, el expediente caducaría estando pendiente de emisión de dictamen. Para evitar esta circunstancia emite su dictamen con la máxima celeridad, no sin advertir al órgano consultante que el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC faculta al instructor de un procedimiento para acordar la suspensión del plazo de resolución “*cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses*”. No tenemos constancia de que se haya hecho uso de esta facultad, a pesar de que se solicitó por escrito información sobre este extremo al Ayuntamiento de Navalcarnero el mismo día de recepción del expediente en la Comisión Jurídica Asesora. Por ello no podemos dejar de indicar que no obstante

la celeridad de este órgano consultivo en la emisión de su dictamen, cuando lo reciba el órgano consultante dispondrá de un brevísimo plazo para resolver ya que si no el procedimiento habrá de entenderse caducado.

Por lo que se refiere a la competencia para resolver el procedimiento, debe tenerse en cuenta que el contrato se adjudicó por el Pleno de Ayuntamiento de Navalcarnero en virtud de las competencias que resultan de lo dispuesto en la disposición adicional segunda del TRLCSP. También será el Pleno el órgano competente para resolver acerca de todas las incidencias que surjan a lo largo de la vida del contrato (interpretación, modificación o extinción), conforme a lo dispuesto en el artículo 114.1 del TRRL: “*el órgano de la entidad local competente para contratar... podrá acordar su resolución...*”.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato. El Ayuntamiento de Navalcarnero invoca como causa para la resolución contractual la prevista en el artículo 223.g) del TRLCSP, con arreglo al cual es causa de resolución del contrato:

“La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”.

Sobre la introducción de esta causa de resolución y su significado, el Consejo de Estado en su Dictamen 215/2010, de 18 de marzo, relativo al anteproyecto de ley de Economía Sostenible, señalaba que:

“(...) se introduce una nueva causa de resolución de los contratos administrativos, cual es “la imposibilidad de ejecutar la prestación

en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato” (artículo 206.h) de la Ley de Contratos del Sector Público, conforme a la disposición final décima octava del texto remitido). En este supuesto, se reconoce el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 208.6).

La valoración global del régimen proyectado es positiva. Ha sido una preocupación tradicional del Consejo de Estado al informar los expedientes de modificación contractual que ésta pudiera ser empleada para encubrir “prácticas viciosas” susceptibles de “frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación” de contratos públicos (dictamen del expediente número 34/2007, de 1 de febrero). La regulación en preparación contribuye a evitar este efecto, toda vez que se restringen las circunstancias que pueden dar lugar a la modificación contractual y el alcance que puede tener si no está prevista en la documentación de la licitación, mientras que, de estar contemplada en ella, la modificación no atenta contra el principio de concurrencia, pues todos los licitadores conocen antes de participar en el procedimiento de adjudicación en qué circunstancias y porcentaje la modificación puede llegar a producirse una vez suscrito el contrato».

Como es sabido, 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 un texto refundido un texto refundido que es el actualmente vigente TRLCSP.

Así el artículo 105 del TRLCSP establece 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 desarrolla 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 caso que nos ocupa el Ayuntamiento de Navalcarnero invoca la necesidad de modificar el contrato pues “*no cubre las necesidades reales del municipio de Navalcarnero*”. En el expediente se ha puesto de manifiesto que para dicho Ayuntamiento se hace preciso acometer mejoras técnicas en la forma de prestar el servicio, aumentar el número de personal adscrito y reorganizar el servicio, puesto que la situación actual del municipio es “*de falta de limpieza, acumulación de residuos y falta de aseo*”.

Resulta del expediente examinado que se han mantenido negociaciones con la empresa contratista con el objeto de acometer la reforma del contrato. De esta manera consta en la documentación examinada la propuesta elaborada por la empresa contratista el 22 de diciembre de 2015 así como la elaborada por el Ayuntamiento el 16 de febrero de 2016. Respecto a la primera los servicios técnicos municipales han informado que no mejoran la prestación de los servicios “*si no que agudizarán las deficiencias existentes al no solucionar la recogida en todo el municipio los domingos y festivos, no crear recogidas selectivas en zonas de mayores productores de residuos, no crear servicios de limpieza de mantenimiento, no crear servicios especiales para la recogida de voluminosos, muebles y poda en el lugar de origen, no aumentar los efectivos en limpieza viaria y zonas verdes*”. Por lo que se refiere a la propuesta de la Administración , la empresa contratista en su escrito de 19 de febrero de 2016 puso de manifiesto una serie de deficiencias de la misma, como hemos transcritto en los antecedentes de este dictamen, como un insuficiente planteamiento del servicio en relación con el cambio del sistema actual de contenerización; falta de ajuste a la realidad de los costes de funcionamiento de los

medios mecánicos o el indebido cálculo de otros costes como por ejemplo el relativo a la partida de mano de obra.

El Ayuntamiento de Navalcarnero sostiene, en base al informe de los técnicos municipales, que el contrato no se puede seguir ejecutando en los términos pactados, sin lesionar gravemente el interés público y que no es posible acometer su modificación. Respecto a esta imposibilidad de ejercer el ius variandi cabe señalar que efectivamente, de los términos de la modificación propuesta por los técnicos municipales, puede concluirse que la misma no respetaría los límites fijados por la legislación contractual.

Como hemos dicho, el artículo 105 del TRLCSP contempla dos supuestos para la modificación de los contratos, a saber, que se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en su defecto, en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.

Respecto a lo primero, los PCAP que rigen este contrato han establecido específicamente en su Cláusula XXVII los supuestos en los que podría modificarse el contrato, y si bien es cierto que las modificaciones propuestas podrían encontrar encaje en alguna de ellas como es “*la ampliación de las frecuencias de la recogida de residuos*” o “*la ampliación de las distintas operaciones de limpieza viaria*”, sin embargo la modificación tal y como se plantea, que de acuerdo con las cifras que se manejan en los informes técnicos excede del 16% del precio del contrato, supera el límite de modificación previsto en dicha cláusula cuando señala que “*en el supuesto de que, una vez iniciada la prestación del servicio, se considere procedente o necesario realizar una redistribución de las prestaciones, para ajustarlas a las necesidades reales del municipio, tanto por ampliación como por disminución de esas necesidades, y esta circunstancia pueda verificarse de manera objetiva, a través de los informes técnicos y/o económicos que se sean procedentes,*

el contrato podrá modificarse en una cuantía no superior a un 10% del precio primitivo del contrato”.

Tampoco resultaría procedente la modificación en base al artículo 107 de la LCSP, por la razón de que la modificación planteada supone una alteración de las condiciones esenciales de la contratación, que se producirá según el apartado d) del referido artículo 107, que transcribe la citada cláusula XXVII del PCAP, “*Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite*”.

En relación con las circunstancias que hacen imposible continuar con la prestación –la cual constituiría una lesión grave para el interés público–, según alega el Ayuntamiento de Navalcarnero, en el informe de los servicios técnicos municipales se alude a la situación del municipio “*de falta de limpieza viaria, acumulación de residuos en la vía pública, falta de ornato público, falta de mantenimiento en zonas verdes y aseo del municipio. Aspecto que se ha agudizado por el bajo número de personal adscrito a los servicios y la bajas frecuencias en la prestación de los mismos en los distintos barrios*”. Ninguna nota negativa se establece en el informe técnico sobre la actuación de la empresa contratista, en el sentido de que un incumplimiento contractual sea el determinante de la situación descrita. En el informe se alude a la necesidad de introducir mejoras técnicas, aumento de personal y reorganización del servicio. En la propuesta elaborada por el concejal delegado de Medio Ambiente se expresa claramente que no es que la empresa preste sus servicios de forma deficiente “*sino que el contrato en sí es deficiente e insuficiente, y que tal y como está planteado desde el inicio, no cubre las necesidades reales del municipio de Navalcarnero*”.

En relación con la reorganización del servicio que es preciso acometer, la citada propuesta señala lo siguiente:

“Entre las mejoras técnicas, se consideró necesario el cambio de sistema de contenerización de los residuos sólidos, por razones de salubridad y por los costes de mantenimiento de los contenedores soterrados del municipio.

Y entre mejoras de reorganización del servicio, se consideró necesario, entre otras medidas, la prestación de los servicios de recogida de residuos y de limpieza viaria todos los días de la semana, o la apertura del Punto Limpio Municipal con mayor frecuencia que la actual, o establecer servicios de barrio mixto (barredora con sopladora) o servicios especiales durante la caída de hoja, etc.

Asimismo se consideró fundamental la rebaja de coste del servicio, puesto que se considera elevado dentro del Presupuesto Municipal, que ha sido prorrogado por el Ayuntamiento desde el año 2008, sin llegar a reflejar la situación real del municipio. Dentro del Presupuesto Municipal, referido a los ingresos reales del Ayuntamiento, el coste del contrato suscrito con F. S.A. con fecha de 13 de mayo de 2013, supone un porcentaje muy elevado y lesivo para el Ayuntamiento, considerando la situación actual y el esfuerzo que se está realizando por reducir gastos”.

Resulta del expediente que la empresa contratista ha formulado distintas propuestas que van encaminadas a la reducción del precio del contrato en un porcentaje inferior al previsto por el Ayuntamiento, pero que también llevan aparejadas una reducción en los servicios prestados, pues según señala la Administración municipal “*todas las opciones tienen en común la reducción de prestación del servicio mediante la eliminación de partidas tales como: eliminación del servicio de lavado de contenedores, eliminación de los operarios de refuerzo de verano, no suplir el 50% de las vacaciones y reducción del 50% de los días de apertura del punto limpio*” lo que a su juicio “*no solo no mejoran la*

prestación de los servicios, si no que agudizarán las deficiencias existentes al no solucionar la recogida en todo el municipio los domingos y festivos, no crear recogidas selectivas en zonas de mayores productores de residuos, no crear servicios de limpieza de mantenimiento, no crear equipos de barrido mixto, no crear servicios especiales para la recogida de voluminosos, muebles y poda en el lugar de origen, no aumentar los efectivos en limpieza viaria y zonas verdes... ”.

Del examen del expediente puede concluirse que el Ayuntamiento de Navalcarnero ha justificado a través de los informes técnicos municipales y de los datos y documentos incorporados al procedimiento que el contrato tal y como aparece configurado en los pliegos resulta insuficiente para responder a su finalidad y para atender a las necesidades reales del municipio, de manera que de seguirse ejecutando en los términos pactados resultaría afectado el interés público. Por otro lado la reorganización del servicio no puede articularse por la vía de la modificación contractual al exceder de los límites tanto contractuales como legales. Por ello puede entenderse que se dan en este caso circunstancias que permiten fundamentar la resolución contractual en la causa de la letra g) del artículo 223 del TRLCSP.

CUARTA.- En cuanto a los efectos de la resolución contractual, el artículo 225.5 del TRLCSP prevé lo siguiente:

“Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista”.

En este caso, como hemos dicho, la Administración local niega que la causa sea imputable a la empresa contratista y tampoco existen motivos para sostenerlo en el expediente, por lo que no cabe duda que la indemnización establecida en este precepto ha de ser reconocida y satisfecha.

Por otro lado, conforme el artículo 225.4 del TRLCSP:

“En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.

En este caso la propuesta de resolución se pronuncia expresamente sobre la devolución de la garantía constituida por la empresa contratista en un importe de 118.188,97 euros.

Además resulta de la documentación complementaria remitida que la Administración local ha procedido a convocar una nueva licitación, al amparo de lo establecido en el artículo 225.6 del TRLCSP, cuando dispone que *“al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 223, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato”* si bien debe tenerse en cuenta que con arreglo a este mismo precepto, *“la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución”*.

En merito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato denominado *“servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza urbana y*

mantenimiento y limpieza de zonas verdes de todo el municipio de Navalcarnero (Madrid)”, suscrito con la empresa F., S.A. por la causa prevista en la letra g) del artículo 223 del TRLCSP, con devolución a la empresa contratista de la garantía constituida y una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar.

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 2 de junio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 142/16

Sr. Alcalde de Navalcarnero

Pza. Francisco Sandoval, 1 – 28600 Navalcarnero