

Dictamen nº: **543/16**

Consulta: **Alcaldesa de Madrid**

Asunto: **Contratación Administrativa**

Aprobación: **01.12.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 1 de diciembre de 2016, 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.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre modificación del contrato de gestión de servicio público denominado “*Tratamiento de residuos sólidos urbanos producidos en el término municipal de Madrid*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de noviembre de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo urgente 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 de gestión de servicios públicos denominado “*Tratamiento de residuos sólidos urbanos producidos en el término municipal de Madrid*”.

A dicho expediente se le asignó el número 608/16, 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).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, 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 1 de diciembre de 2016.

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

1.- Con fecha 26 de julio de 1996, el Pleno del Ayuntamiento de Madrid acordó la aprobación de los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas Particulares que habrían de regir en el contrato de gestión del servicio de tratamiento de residuos sólidos urbanos producidos en el término municipal de Madrid (en adelante, el contrato).

Anunciada la licitación, de conformidad con la propuesta de la Mesa de Contratación, el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, adjudicó el contrato el 29 de julio de 1997, a la U.T.E. formada por las empresas VERTEDERO DE RESIDUOS, S.A. (VERTRESA), RWE ENTSORGUNG AKTIENGESELLSCHAFT y R.F. PROCES, S.A. El 4 de diciembre de 1997 se procedió a la formalización del contrato administrativo con la precitada U.T.E, con un plazo de duración de 25 años.

2.- El 26 de julio de 2001, según consta en Certificación del Secretario General del Ayuntamiento de Madrid de 6 de agosto de 2001, el Pleno Municipal aprobó una primera modificación “*(...) como consecuencia del tratamiento de la bolsa de envases en la planta de tratamiento de “Las Dehesas”, estableciéndose un canon de 12.111,35 ptas/T tratada (IVA incluido al 7%), (...)*”. El precio total de esta modificación fue de

56.333.434,85 €, lo que supuso un incremento sobre el precio primitivo del contrato del 16,13%

No figura en el expediente administrativo recibido en esta Comisión Jurídica Asesora el documento contractual de modificación del contrato.

3.- Con fecha 19 de enero de 2009, el contrato sufrió una segunda modificación por la necesidad de establecer unas condiciones de recuperación de envases y papel cartón por encima de las establecidas en el contrato original, y en segundo lugar por la necesidad de hacer frente a nuevos gastos surgidos como consecuencia de la implementación en Valdemingómez del Sistema de Adquisición y Explotación de Datos (SAED), sin que se incrementara el plazo de ejecución. El precio total de esta modificación fue de 13.419.830,08 €, lo que supuso un incremento sobre el precio primitivo del contrato del 3,84%.

4.- El 21 de octubre de 2014, se suscribió por el Ayuntamiento de Madrid y la entidad ECOEMBALAJES ESPAÑA, S.A. (ECOEMBES) un Acuerdo de Colaboración para el fomento de la eficiencia en materia de reciclaje de residuos de envases ligeros y de papel cartón.

En el Acuerdo, “*con vistas a cumplir los objetivos de reciclado y/o valorización establecidos en la Ley 11/1997, de Envases y Residuos de Envases y en la Ley 22/2011, de Residuos y Suelos Contaminados*”, se establecía que su objeto consistía en “*impulsar la eficiencia de los procesos realizados para el reciclaje de los residuos de envases ligeros en el ámbito de la gestión realizada por el Ayuntamiento de Madrid a través de la cofinanciación de iniciativas encaminadas a ello*” y su alcance, en “*La ejecución de modificaciones en la instalación de Las Dehesas del Parque Tecnológico de Valdemingómez, destinadas a implantar los sistemas de selección más eficientes con objeto de incrementar los objetivos de reciclado de la instalación*.

Se implantarán sistemas automáticos de selección de residuos de envases en las dos líneas de envases del complejo de Las Dehesas del Parque Tecnológico de Valdemingómez, con la finalidad de incrementar los rendimientos en la recuperación de envases, de la fracción recogida selectiva de envases ligeros o fracción amarilla, de la planta.

El plazo límite para la finalización de esta actuación será diciembre de 2016”.

ECOEMBES se comprometía, “en los términos fijados en el presente Acuerdo a la cofinanciacion de las actuaciones previstas en el mismo, así como a proporcionar su apoyo técnico en el diseño y puesta en marcha de las modificaciones y mejoras a implementar”.

Respecto a su financiación “ECOEMBES cofinanciará las modificaciones a realizar por un importe de (...) (IVA no incluido) en la instalación de Las Dehesas del Parque Tecnológico de Valdemingómez, consistentes en la automatización de las dos líneas de envases (...).

Las actuaciones técnicas promovidas deberán estar fundamentadas en la consecución del incremento de los rendimientos en base a parámetros y estimaciones objetivas de diseño de las propuestas y su coste en relación a precios de mercado.

Las actuaciones técnicas tendrán como referencia el proyecto técnico para la automatización a realizar y el estudio económico, que las mejoras a implementar generan en el marco contractual de explotación de la planta de Las Dehesas. Las modificaciones sobre el mismo, que se fundamentarán en la operativa de la planta, la eficiencia del proceso y la consecución del objetivo, se analizarán en la Comisión de Seguimiento.

En el caso de que no fuera posible la ejecución de las modificaciones previstas en la presente cláusula en la instalación de Las Dehesas, y tras acuerdo de la Comisión de Seguimiento que fijará los términos de la

colaboración en otras actuaciones para la mejora de la recogida selectiva y reciclado de envases, la financiación de estas ascenderá a un máximo de (...).

En el Acuerdo, el Ayuntamiento de Madrid, “se compromete, en los términos fijados en el presente Acuerdo a realizar los trámites oportunos para implementar las medidas de mejora de eficiencia acordadas.

Dentro de estos trámites se incluye expresamente la necesidad de recabar todos los datos técnicos y económicos que permitan la adecuada valoración de la viabilidad económica de dichas mejoras, en particular el impacto económico que las mismas pueda tener en los contratos que rigen las relaciones entre el Ayuntamiento de Madrid y los operadores de las Plantas de Tratamiento. El Ayuntamiento de Madrid facilitará la fórmula administrativa más adecuada a los contratos de gestión de servicio público, para el desarrollo de las acciones comentadas, incluida, en el marco de dichos contratos, la gestión presupuestaria del gasto que dichas mejoras representen para el Ayuntamiento de Madrid”.

Sobre la vigencia del Acuerdo, la cláusula octava señalaba:

“El presente acuerdo se circumscribe en el ámbito del convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Madrid y ECOEMBES, y entrará en vigor en la fecha de suscripción del convenio de colaboración y asimismo finalizará cuando termine la vigencia de dicho convenio, siendo de aplicación su clausulado en todo lo no previsto en este acuerdo”.

Todas las cuestiones relativas a la interpretación y ejecución del Acuerdo, se atribuían, *“a la Comisión de Seguimiento del Convenio según lo establecido en el artículo 19 del mismo”.*

5.- El 26 de noviembre de 2015, ECOEMBES presentó en el registro del Ayuntamiento de Madrid, el Proyecto de automatización para el tratamiento de envases ligeros del CTRU Las Dehesas, “*para su aceptación por parte del Ayuntamiento de Madrid y su correspondiente tramitación e inclusión en la modificación del contrato de Las Dehesas*” (Anexo 4).

6.- La Comisión de Seguimiento del Convenio Ayuntamiento de Madrid-ECOEMBES (2013-2018) se reunió el 30 de noviembre de 2015 (Anexo 7).

Consta en el Acta de dicha reunión el acuerdo alcanzado para la financiación de la planta de Las Dehesas, en los siguientes términos:

“En base a lo establecido en la cláusula sexta “Facturación y pago” del acuerdo para la automatización de la planta de Las Dehesas, se precisa del acuerdo para su ejecución sobre el proyecto que servirá de base para la contratación del reformado:

SEXTA: FACTURACIÓN Y PAGO

El Ayuntamiento facturará a Ecoembes como máximo el importe indicado en la cláusula tercera de este Acuerdo en concepto de anticipo a cuenta para la automatización de las líneas de fracción envases de la planta de Las Dehesas. La factura se emitirá una vez acordadas las modificaciones y su ejecución, acuerdo plasmado en acta de Comisión de Seguimiento.

El proyecto (adjunto al presente acta) se considera que cumple con los requisitos establecidos en el acuerdo para su financiación siempre que se incorporen y mantengan dos operarios de control de calidad para el plástico mezcla”.

8.- Por Decreto 493, de 25 de abril de 2016, de la delegada del área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, se ordenó el inicio y la tramitación del expediente para la modificación del contrato “Gestión

del servicio público de tratamiento de residuos sólidos urbanos en la planta Las Dehesas”.

9.- El 25 de abril de 2016, mediante Nota Interior, el director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez dirigió al secretario general técnico del área de Gobierno, de Medio Ambiente y Movilidad una memoria técnico económica justificativa de la modificación tercera del contrato de “*Gestión del Servicio de Tratamiento de Residuos Sólidos Urbanos producidos en el término municipal de Madrid*”, como consecuencia de la automatización de dos líneas de clasificación para el incremento en la recuperación de envases (documento nº 1).

Dicha memoria se remite a esta Comisión Jurídica Asesora con la impresión manual de “*ANULADA*”.

La citada memoria fue informada el 3 de mayo de 2016 por la directora general de Contratación de Servicios (documento 3).

10.-Fue conferido trámite de audiencia al contratista por plazo de 10 días hábiles, mediante oficio de 12 de mayo de 2016 (documento 4).

Consta, que la UTE Las Dehesas compareció el 18 de mayo de 2016 en oficinas municipales para obtener copia de la documentación relacionada con el expediente de modificación y presentó escrito de alegaciones, el 27 de mayo de 2016.

11.- El 31 de mayo de 2016, emitió informe técnico el jefe de Unidad de Coordinación de Recuperación, Compostaje y Eliminación respecto al anteproyecto para la automatización de líneas de tratamiento, en la planta de reciclaje del CTRU de Las Dehesas.

Sobre las características principales del anteproyecto, indica:

“La nueva instalación de automatización consistirá en una modificación de dos líneas de la planta de tratamiento de Las Dehesas con el objeto de tratar la fracción envases que llega a estas instalaciones, así como excepcionalmente para la fracción resto que llegue a la planta, cuando ésta no opere prioritariamente con la fracción envases.

El anteproyecto prevé sustituir gran parte del sistema actual de triaje manual por otro sistema automático de recuperación de materiales, con la instalación de los correspondientes equipos y cambios en la distribución de flujos del residuo, y de operativa de la planta.

La separación automática se realizará principalmente mediante un sistema de aspiración semiautomático para los plásticos tipo film, y un sistema de separación óptica de envases de plástico y de brik.

La automatización planteada es de dos líneas y para una capacidad de 7,2 t/h de residuos para cada una de dos líneas de tratamiento en la fracción envases.

La capacidad comprometida para el tratamiento de la instalación es de 32.850 Tn de envases al año”.

12.- Figura como documento nº 5 del expediente administrativo una memoria técnica económica justificativa de la modificación tercera del contrato suscrita de junio de 2016 y un proyecto de Decreto de aprobación, con impresión manual de *ANULADA* informada el 15 de junio de 2016 por la subdirectora general de colaboración público privada con el visto bueno de la directora general de Contratación y Servicios, en el que se considera “*que la modificación mantiene la rentabilidad del contrato adjudicado*” (documento nº 6).

13.- Mediante Decreto 494 de 3 de junio de 2016, la delegada del área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad acuerda la suspensión

temporal del procedimiento de modificación del contrato para solicitar informe a la Asesoría Jurídica. Según el Acuerdo, “*Dicha suspensión surtirá efectos desde la fecha de petición del informe preceptivo a la Asesoría Jurídica, y se extenderá hasta la fecha en la que sea recibido dicho informe*” (documento nº 7). La suspensión fue comunicada al contratista.

14.- El 18 de julio de 2016, emite informe la Asesoría Jurídica. Respecto a las observaciones formuladas en el mismo, el director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez emite informe el 21 de julio de 2016 (documento 8).

15.- Consta en el expediente como documento nº 8, una memoria presupuestaria de 21 de julio de 2016 con la impresión manual de **ANULADA**, acompañada de informe del director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez de 17 de julio de 2016.

16.- Por Decreto 500 de fecha 26 de julio de 2016, la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad acuerda la suspensión temporal del procedimiento, hasta la fecha en la que sea recibido el informe preceptivo de la Dirección General de Hacienda (documento nº 10).

La suspensión se notifica al contratista, a la Dirección General de Hacienda y a la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez.

17.- El 20 de julio de 2016, el contratista solicitó vista del expediente (documento nº 11).

18.- Por Decreto 532 de 3 de agosto de 2016 la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, acordó la suspensión temporal del procedimiento por solicitud de informe preceptivo a la Subdirección General de la Intervención Delegada de la Junta de Gobierno. La suspensión se notifica al contratista (documento nº 13).

19.- El 11 de agosto de 2016, emitió informe la Intervención General. Dicho informe se acompaña en el expediente, de una memoria técnico-económica justificativa, memoria presupuestaria y proyecto de Decreto, fechada el 29 de agosto de 2016, con la impresión manual de ANULADAS (documento nº 14).

20.- Por Decreto 605 de 31 de agosto de 2016, la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad acordó la suspensión temporal del procedimiento por solicitud de informe preceptivo a la Oficina de Colaboración Público Privada hasta la fecha en la que fuese recibido (documento nº 15). La suspensión se notificó al contratista. El 9 de septiembre de 2016 emitió informe, la subdirectora general de colaboración público privada (documento nº 16).

21.- La Comisión de Seguimiento del Convenio Ayuntamiento de Madrid-ECOEMBES (2013-2018) en su reunión del día 1 de septiembre de 2016, incluyó en el segundo punto del orden del día la “*Interpretación de la Comisión sobre la cláusula segunda y sexta del acuerdo de colaboración entre el Ayuntamiento de Madrid y Ecoembalajes España, S.A para el fomento de la eficiencia en materia de reciclaje de residuos de envases ligeros y de papel cartón*”, (documento 17).

En la interpretación acordada, “*el plazo límite para la finalización del procedimiento administrativo de modificación contractual para la ejecución de las actuaciones que permitirán el alcance recogido en los párrafos anteriores y que culmina con la disposición del documento AD de autorización y disposición de gasto para ello será diciembre de 2016*”.

22.- Figura en el expediente memoria técnico económica suscrita el 6 de septiembre de 2016 por el director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez (Documento 22).

La memoria consta de siete apartados: 1. Antecedentes. 2. Objeto del modificado. 3. Justificación de la modificación de contrato. 4. Condiciones

de la modificación. 5. Condiciones económicas de la modificación. 6. Control y seguimiento. 7 Incumplimiento y penalidades.

Sobre el objeto señala que consiste en “*realizar la reforma y modificación en dos de las líneas de trabajo de la planta de Las Dehesas para automatizar la recuperación de algunos materiales (...) de modo que se establezcan unas condiciones de recuperación de plásticos, envases complejos y metálicos, por encima de las establecidas en el contrato inicial entre el Ayuntamiento de Madrid y la UTE LAS DEHESAS*”, lo que permitirá un incremento en las recuperaciones, y por tanto siga dándose cumplimiento al Real Decreto 252/2006, de 3 de marzo, que traspone parcialmente la Directiva 2004/12CE, por la que se establecen los porcentajes de recuperación de los diferentes tipos de envases, así como los porcentajes de recuperación de plásticos, envases complejos y metálicos recuperados, procedentes de la recogida selectiva.

Todo ello dentro del marco económico entre el Ayuntamiento de Madrid y ECOEMBES, formalizado el 21 de octubre de 2014, “*de modo que el incremento de las recuperaciones, solo es posible alcanzarlo mediante la automatización de dos líneas de tratamiento, cuya inversión es cofinanciada por el Convenio con ECOEMBES*”.

El cambio en la operativa de la planta como consecuencia de la automatización de dos líneas de envases y el ajuste de toneladas de residuos “*hace necesario el recálculo del canon de restos, que no es objeto de este modificado*”.

En cuanto a las condiciones de la modificación, señala el apartado 4 de la memoria, que la automatización de dos líneas para el tratamiento de envases, requiere inversiones en: instalación de dos equipos abre-bolsas, modificación del diámetro actual de la malla de tromel, instalación de un separador férrico, otro de inducción y una criba vibrante “*que recupere los envases mayores de 50 mm así como un nuevo separador de inducción*

(para aluminio) para esta fracción 50-80 mm”, instalación de dos separadores balísticos, instalación de seis separadores ópticos y de equipos de aspiración de plástico film.

El plazo máximo para ejecutar las inversiones de automatización “*será de doce meses desde la formalización de la presente modificación, prevista para el 1 de diciembre de 2016*”.

Según se desprende del apartado 4 de la memoria, la automatización supone un cambio en las condiciones de trabajo actuales lo que lleva aparejado un cambio de los costes de personal. También hay un incremento de los costes de mantenimiento y consumos eléctricos.

En cuanto al canon a aplicar, “*dado el interés público que tiene la mejora en la recuperación de envases ligeros y el consiguiente perjuicio que supone la pérdida de estas recuperaciones en virtud del convenio del Ayuntamiento con ECOEMBES, el canon a aplicar tendrá una parte fija, que cubrirá los costes básicos de la explotación de personal y mantenimiento y otra variable modificando lo prescrito en el punto 1º del contrato modificado 1 con las modificaciones siguientes, quedando sin efecto el punto 2º del contrato modificado 1*

La financiación de las inversiones en la automatización, contempla una “*inversión total de 7.146.878,20 € (sin IVA), cantidad máxima a abonar por el Ayuntamiento de Madrid y que está cofinanciada en parte por ECOEMBES con 5.123,766,00 € (sin IVA)*”, siendo la cantidad a cuenta que ingresará ECOEMBES al Ayuntamiento de Madrid en el año 2016, de 5.123.766,00 €, sin IVA, y en el año 2017, de 2.023.112,20 € sin IVA.

23.- El 15 de septiembre de 2016 se concedió al contratista, nuevo trámite de audiencia, por plazo de 10 días, quien solicitó vista del expediente, obteniendo copia del mismo.

Consta en el expediente que el contratista presentó escrito de alegaciones el 26 de septiembre de 2016 en el que manifestó “*su conformidad a los términos generales propuestos en el mismo, sin perjuicio de la necesidad de aclaración o aceptación a las alegaciones adjuntas, para una total conformidad*”.

Las alegaciones fueron informadas por el director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez, en informe de 3 de octubre de 2016 (documento nº 17), que aclara y acepta todas las observaciones formuladas por la empresa contratista.

24.- La Asesoría Jurídica emitió nuevamente informe el 29 de septiembre de 2016. Las observaciones en él contenidas, fueron informadas por el jefe de Unidad de Coordinación de recuperación de materiales, compostaje y eliminación y el jefe del Departamento de Gestión Económica y Administrativa, en informe de 4 de octubre de 2016.(documento 18).

25.- Con idéntica fecha, 4 de octubre de 2016 consta que el jefe de Unidad de Coordinación de recuperación de materiales, compostaje y eliminación y el jefe del Departamento de Gestión Económica y Administrativa emitieron informe de contestación a las observaciones formuladas por la Intervención Delegada, (documento 19).

26.- Por Decreto 700 de fecha 5 de octubre de 2016, la delegada del área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad acordó la suspensión temporal del procedimiento para solicitar informe a la Dirección General de Hacienda, La suspensión se notificó al contratista (documento nº 21).

27.- Por Decreto 738 de 20 de octubre de 2016, la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad acordó la suspensión temporal del procedimiento por la solicitud de informe preceptivo a la Subdirección General de la Intervención Delegada de la Junta de Gobierno. La

suspensión se notificó al contratista, a la Subdirección General de la Intervención Delegada y a la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez (documento 23).

28.- Figura como documento nº 25 del expediente remitido, una memoria presupuestaria de 4 de noviembre de 2016 suscrita por el director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez, acompañada, de un proyecto de decreto de aprobación de la tercera modificación del contrato.

El citado proyecto de Decreto, aprueba la tercera modificación del contrato adjudicado con fecha 29 de julio de 1997.

La modificación del contrato consiste en realizar la reforma y modificación en dos líneas de trabajo de la planta de Las Dehesas, para automatizar la recuperación de algunos materiales, en los términos establecidos en la memoria técnico-económica de la modificación y sus anexos, de modo que se establezcan unas condiciones de recuperación de plásticos, envases complejos y metálicos, por encima de las establecidas en el contrato inicial entre el Ayuntamiento de Madrid y la UTE Las Dehesas.

Se manifiesta que ello permitirá que haya continuidad en el incremento de las recuperaciones, introducido por el contrato modificado de 19 de enero de 2009, y por tanto siga dándose cumplimiento al Real Decreto 252/2006, de 3 de marzo, que traspone parcialmente la Directiva 2004/12/CE, por la que se establecen los porcentajes de recuperación de los diferentes tipos de envases, así como los porcentajes de recuperación de plásticos, envases complejos y metálicos recuperados, procedentes de la recogida selectiva, así como los establecidos en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados que traspone la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas integrándolas en una única norma (en adelante, Directiva marco de residuos).

Todo ello, dentro del marco económico entre el Ayuntamiento de Madrid y ECOEMBES, formalizado en el convenio vigente entre el Ayuntamiento de Madrid y ECOEMBES de 21 de octubre de 2014, subrayándose que el incremento de las recuperaciones, solo es posible alcanzarlo mediante la automatización de dos líneas de tratamiento, cuya inversión es cofinanciada por el Convenio con ECOEMBES 2014-2018 de 21 de octubre.

En su apartado tercero se contemplan los rendimientos porcentuales estimados para la recuperación de envases ligeros y para el papel cartón, una vez ejecutados y puestos en funcionamiento los sistemas de automatización de las líneas de tratamiento de envases.

En cuanto al canon, para unas entradas de bolsa de envases de referencia de 32.850 Tn en la planta de tratamiento de las dehesas, se establece una parte fija de 644.662,42 € que incluye los costes básicos de mantenimiento de la instalación tanto de personal como de equipos conforme a una tabla, y una parte variable en función de las toneladas tratadas que incluyen los costes de mantenimiento que dependen de las horas de operación, de personal de operación y los consumos de la instalación.

El importe de la inversión total alcanza los 7.146.878,20 € sin iva, desglosándose en el punto sexto la modificación del contrato en dos conceptos:

“- Coste de la automatización de las dos líneas de envases 7.861.566,02 euros.

Incidencia de la aplicación del nuevo canon variable de explotación de envases, tomado en su cuantía máxima sobre la cantidad de entrada de envases a tratamiento prevista contractualmente 616.867,81 euros/año”.

También recoge el porcentaje acumulado de variación sobre el precio de adjudicación del contrato, que asciende al 23,21%, y se cuantifica el crédito que será “*necesario adicionar al plurianual actual, en las anualidades del año 2016 hasta el 17 de febrero de 2026, fecha prevista de finalización del contrato, es de 71.925,777,85 €, IVA incluido al 10%, 65.387,070,77 €, sin IVA*”.

El plazo máximo para ejecutar las inversiones de automatización de líneas y poner en régimen nominal las instalaciones se fija en doce meses, desde la formalización de la modificación.

El apartado octavo, da nueva redacción al “*artículo 29 Incumplimientos y Penalidades*” del Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el contrato y finalmente el apartado noveno, exige al contratista, conforme a lo previsto en el artículo 43 de la Ley 13/1995, reajustar la garantía definitiva del contrato.

29.- El Interventor General, el 7 de noviembre de 2016 emitió informe (documento 26).

31.- Por Decreto 775, de 10 de noviembre de 2016, la delegada del área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, acuerda la suspensión temporal del procedimiento para solicitar informe a esta Comisión Jurídica Asesora. Suspensión que se notifica al contratista. (documento 27).

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”.

Por remisión, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) -aplicable a este contrato- dispone en su artículo 211.3.b) que “3. 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 su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros” circunstancias que concurren en la modificación proyectada, puesto que según se indica en la memoria presupuestaria de 4 de noviembre de 2016, el porcentaje acumulado de variación sobre el precio de adjudicación del contrato asciende al 23,21%, y “el incremento de esta modificación es igual al coste de la inversión, 7.861,566,02 € con IVA al 10%, más los incrementos del importe de explotación a precios base del modificado 1 fecha de inicio de la prestación del servicio de envases objeto de esta modificación, igual a 458.782,75 € anuales con IVA al 10€, lo que hace un incremento total de 11.504,00 € con IVA 10% y de 10.574.094,55 € sin IVA”, resultando por tanto preceptiva la emisión de dictamen por este órgano consultivo.

La solicitud de dictamen del coordinador general de la Alcaldía 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”).

Se ha solicitado el dictamen con carácter urgente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23.2 del ROFCJA “*Cuando por razones de urgencia así se solicite, el plazo para la emisión del dictamen será de quince días hábiles*”, sin que en el oficio de petición de informe se recoja motivación que justifique la invocada urgencia.

Al respecto conviene señalar, que si bien obra en el expediente, nota interna de 10 de noviembre de 2016, de la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, dirigida al coordinador general de la Alcaldía, fundamentando la solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora “*para poder hacer efectiva en este ejercicio la financiación de la inversión por ECOEMBES*”, la solicitud del dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora con carácter urgente no se considera debidamente motivada puesto que en la misma, no se justifica adecuadamente que la urgencia responda a razones de interés público o a la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con dicho carácter, tal como exige la jurisprudencia, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2008, recurso 5608/2004:

“La jurisprudencia de esta Sala viene estableciendo de modo constante y uniforme que la declaración de urgencia que exige la Ley ha de ser realizada por el órgano competente para contratar y estar debidamente motivada y en relación con la motivación exige que se trate de una situación urgente objetivamente evaluable y no apreciada de modo subjetivo por el órgano de contratación, de modo que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de modo razonable y con criterios de lógica o que se demuestre la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera, para que de ese modo no se altere de modo injustificado el procedimiento ordinario de contratación que la Ley prevé como garantía del interés público. Así resulta de Sentencias como las de 28 de octubre

de 1992 o la más reciente de esta Sección Cuarta de 19 de noviembre de 2004. Y es que no es posible olvidar que esa posibilidad de seguir un procedimiento urgente en la contratación administrativa cuando concurren las circunstancias a que se refieren los preceptos antes enumerados no es más que la expresión concreta de la posibilidad de tramitar con urgencia cualquier procedimiento administrativo cuando concurren las circunstancias que lo aconsejen y se cumplan las prescripciones que en la norma se disponen para ello. Así resulta del art. 50.1 de la Ley 30/1992 que dispone que cuando razones de interés público lo aconsejen se podrá acordar de oficio o a instancia del interesado, la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por la cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos".

Se observa que, en el presente caso, el procedimiento de modificación no se ha tramitado con carácter urgente, habiéndose solicitado la urgencia para la emisión del Dictamen únicamente a este órgano consultivo pero no para el resto de los órganos preinformantes que han emitido informe varias veces excediéndose, incluso, del plazo ordinario para la emisión de los mismos.

No obstante lo dicho, el presente Dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia del artículo 23.2 ROFCJA.

SEGUNDA.- El Texto refundió de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

"1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento

de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos 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”.

En cuanto a que la modificación se inserta dentro de los efectos del contrato y puesto que el contrato se adjudicó el 29 de julio de 1997, fecha en la que estaba vigente la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), los aspectos sustantivos de la modificación proyectada, se regirán por la citada Ley, vigente en el momento de su celebración.

Conviene advertir, que si bien la normativa aplicable debe ser la vigente cuando se celebró el contrato, en el supuesto que nos ocupa la LCAP (artículos 102 y 164), en modo alguno puede obviarse que el régimen actualmente vigente sobre los modificados de los contratos, es más restrictivo –por exigencias del derecho comunitario-, lo que no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con la Directivas y la jurisprudencia comunitaria, y sin olvidar, que el régimen actualmente vigente de modificación de los contratos, aunque no directamente aplicable, debe servir también como parámetro interpretativo de referencia.

TERCERA.- En materia de procedimiento la modificación del contrato exige atenerse a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio y puesto que el procedimiento de modificación del contrato se inició el 25 de abril de 2016, resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Con carácter subsidiario, a tenor de la disposición final tercera apartado 1, del TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria tercera a) de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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 la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

La modificación del contrato administrativo exige atenerse a las previsiones contenidas 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, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*

Por su parte, el artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista que, igualmente exige, el artículo 102 del RGLCAP referido específicamente al procedimiento para las modificaciones contractuales, cuando dispone: “*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*”.

Con arreglo a ello se ha elaborado una memoria técnico económica justificativa de la modificación tercera del contrato, suscrita por el director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez el 6 de septiembre de 2016 y un proyecto de decreto de aprobación de la modificación acompañado, de un proyecto de acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se autoriza y dispone un gasto plurianual de 71.925.777,85 euros, se procede a la regularización del IVA y al ajuste del crédito al plazo contractual.

Por lo que respecta al cumplimiento del trámite de audiencia, esta exigencia se ha cumplido en el caso sometido a dictamen, al haberse dado traslado al contratista, en varias ocasiones, de los sucesivos proyectos de modificación realizados. El contratista presentó alegaciones acompañadas de un escrito de 26 de septiembre de 2016 manifestando: “*(...) nuestra conformidad a los términos generales propuestos en el mismo (...)*” (documento 17). Las alegaciones del contratista fueron informadas por el director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez, en informe de 3 de octubre de 2016, que acepta las alegaciones formuladas por la empresa contratista.

Además del trámite de audiencia al contratista, el citado artículo 102 del RGLCAP impone la fiscalización del gasto correspondiente. La necesidad de este trámite de fiscalización fue puesta de manifiesto por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en dictámenes, entre otros, 371/11, de 6 de julio y 417/12 y en el dictamen 127/16, de 26 de mayo de esta Comisión Jurídica Asesora.

En el ámbito de la Administración Local, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL), también establece como necesario, la emisión de informe por parte de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación.

En este caso, se han incorporado al expediente los informes de la Asesoría Jurídica de 18 de julio de 2016 y 29 de septiembre de 2016, que sustituye, en el Ayuntamiento de Madrid y en los municipios de gran población al informe de la Secretaría, de acuerdo con la disposición adicional octava LBRL, tras la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Modernización del Gobierno Local, y en virtud del artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. También se ha unido al expediente, el informe de la Intervención Delegada de la Junta de Gobierno, de 11 de agosto de 2016 y 7 de noviembre de 2016.

Además, se ha recabado informe de la Dirección General de Contratación de Servicios, de la Dirección General de Hacienda y de la Oficina de Colaboración Público Privada.

Tanto el informe de la Asesoría Jurídica de 29 de septiembre de 2016, como el informe de intervención de 7 de noviembre de 2016 se han incorporado al expediente con posterioridad al trámite de audiencia.

En relación con el trámite de audiencia al contratista, era doctrina reiterada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que dicho trámite había de practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, sin que pudieran incorporarse con posterioridad informes o documentos nuevos, de manera que si los informes citados añadían hechos nuevos o argumentaban cuestiones nuevas generaban indefensión al contratista por lo que lo procedente era la retroacción del procedimiento (dictámenes 514/11, de 21 de septiembre y 515/12, de 19 de septiembre).

En el presente caso, tanto el informe de la Asesoría Jurídica de 29 de septiembre de 2016, como el informe de la Intervención de 7 de noviembre de 2016, no introducen hecho o cuestión nueva en el procedimiento que genere indefensión a la empresa contratista.

En los términos ya expuestos, se ha solicitado el dictamen de este órgano consultivo conforme con lo previsto en el artículo 211.3.b) del TRLCSP.

En cuanto a la competencia para aprobar la modificación, al tratarse de la modificación de un contrato cuya celebración autorizó el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1.e) y g) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid corresponde a la Junta de Gobierno sin perjuicio de delegación de competencias en los órganos superiores y directivos de las Áreas de Gobierno.

CUARTA.- Para concluir con el examen del procedimiento, hemos de referirnos al plazo para resolver el expediente de modificación del contrato.

Respecto al plazo que la Administración tiene para tramitar los procedimientos de modificación de contratos, ni el TRLCSP (salvo para la modificación del contrato de obras), -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 tal como se ha señalado en la consideración anterior, 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 LRJ-PAC, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y la más reciente de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009).

Ahora bien, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el corto plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC según el cual:

“5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

c) 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”.

En relación con la posible suspensión del procedimiento debe señalarse que la misma constituye una medida excepcional y por tanto ha de ser objeto de interpretación restrictiva. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 26 de junio de 2008.

Se observa en este caso que el procedimiento de modificación contractual se inició el 25 de abril de 2016 por lo que el plazo para su tramitación concluía el 25 de julio de 2016.

Constan en el expediente varios acuerdos de suspensión para la solicitud de informes, sin que resulte justificado en el procedimiento que todos ellos son informes preceptivos y determinantes y, por tanto, que permitan suspender la tramitación del procedimiento, por lo que, a la fecha de emisión del presente Dictamen, el procedimiento si bien se encuentra suspendido, podría estar caducado por el transcurso del plazo máximo para resolver la modificación del contrato.

Ahora bien, el artículo 92.4 LRJ-PAC permite la no aplicación de la caducidad *“en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento”*. En este sentido, el Consejo Consultivo de Andalucía en su

Dictamen 57/2015, de 28 de enero aconseja continuar la tramitación de un procedimiento de modificación de contrato caducado por razones de interés público.

En el presente caso, teniendo en cuenta que la UTE contratista ha manifestado su conformidad a la modificación propuesta, habiéndose aceptado todas sus alegaciones, razones de economía procedural y de interés público, atendidas las consecuencias que suponen para el Ayuntamiento de Madrid el incumplimiento del Acuerdo de Colaboración con ECOEMBES aconsejan la continuación del procedimiento de modificación contractual.

QUINTA.- Una vez analizado el procedimiento, procede examinar el fondo de la modificación.

La modificación unilateral (*ius variandi*) de los contratos ha sido una de las tradiciones 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 “*La 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.

Pese a la ordinaria inalterabilidad inicial de las previsiones contractuales, a fin de no proscribir el principio de libre concurrencia ni la buena fe que debe presidir la contratación de las Administraciones Públicas, el artículo 102.1 LCAP, aplicable al caso que nos ocupa prevé: “*Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente*”, si bien tal y como

se indicó en la consideración jurídica primera, en el supuesto que nos ocupa, la normativa mencionada debe ser interpretada en coherencia con las Directivas y la jurisprudencia comunitaria.

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, operada 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 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”.

Por su parte, el artículo 107 TRLCSP regula las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación y establece:

“1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación 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 modificación que se somete a dictamen versa sobre la tercera modificación del contrato de gestión de servicios públicos de tratamiento de residuos sólidos urbanos producidos en el término municipal de Madrid y consiste en realizar la reforma y modificación en dos de las líneas de trabajo de la planta de Las Dehesas, para automatizar la recuperación de algunos materiales de modo que se establezcan unas condiciones de recuperación de plásticos, envases complejos y metálicos, por encima de los establecidos en el contrato inicial suscrito el 4 de diciembre de 1997 y modificado el 26 de julio de 2001 y el 26 de diciembre de 2008. La modificación proyectada contempla un plazo máximo de ejecución de las inversiones de automatización de líneas y puesta en régimen nominal de las instalaciones de doce meses, desde la formalización de la modificación, sin incremento del plazo inicial de duración de 25 años prevista en el contrato.

Expuesto lo anterior, debemos recordar que el contrato cuya modificación se pretende está calificado por la Administración como de gestión de servicios públicos por lo que, al tratarse de un contrato no contemplado en las Directivas comunitarias de contratos, y con plazos de duración muy prolongados, se permite una mayor amplitud en el ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración contratante y titular del

servicio como reconoce el Informe 10/2012, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

Las razones de interés público sólo pueden avalar el ejercicio de la potestad de modificación contractual si del contenido de la propuesta se deriva, al mismo tiempo, la existencia de necesidades nuevas o de causas imprevistas por parte de la Administración así como las razones que hacen imposible o improcedente tramitar una nueva adjudicación del contrato.

Esta exigencia legal tiene por objeto no desnaturalizar ni desvirtuar el principio de licitación pública que informa la contratación en el campo de los servicios públicos, cuya continuidad de prestación también es un objetivo del ordenamiento.

En el presente caso, la ya reiterada memoria técnico-económica incluye la siguiente motivación: “*En el caso de que el comportamiento ciudadano no mejore y no hay incremento en la calidad del materia depositado en el contenedor amarillo (...) para alcanzar estas toneladas previstas de recuperación, se debe incrementar la recuperación de Las Dehesas, lo cual solo se conseguirá con la automatización de las líneas envases, prevista a partir del año 2016. (...) Es de interés público propiciar un aumento de las recuperaciones a nivel global, en consonancia con lo establecido en la nueva normativa de residuos*”, y con respecto a las causas imprevistas, menciona Directiva marco de residuos y su transposición por la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados, así como los compromisos adquiridos por el Ayuntamiento de Madrid y ECOEMBES en un convenio en el que se recoge el compromiso “*de incrementar el número de toneladas de envases recuperadas a las fijadas en los marcos económicos establecidos con ECOEMBES*”, circunstancias acaecidas con posterioridad a la aprobación de la segunda modificación operada en el contrato.

Conviene recordar que el artículo 43.1 de 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 permite las modificaciones de las concesiones de servicios:

“b) para obras o servicios adicionales, a cargo del concesionario original, que resulten necesarios y que no estuviesen incluidos en la concesión original, cuando un cambio de concesionario:

- i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial, así como*
- ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder o entidad adjudicador.*

No obstante, en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir la presente Directiva”.

Respecto a las razones que hacen imposible o improcedente tramitar una nueva adjudicación del contrato, en el expediente se incluye un informe de 4 de octubre de 2016 suscrito por el jefe de Unidad de Coordinación de recuperación de materiales, compostaje y eliminación y el jefe del Departamento de Gestión Económica y Administrativa del Ayuntamiento de Madrid, en el que textualmente se justifica la no concurrencia en base a los siguientes aspectos: “*1º.- El diseño y especificaciones técnicas de los variados equipos a instalar exigen que se realice en un único proyecto, junto con el resto de elementos de la instalación, a integrar en una planta en funcionamiento, que incluya el*

suministro, montaje, instalación y puesta en marcha del total de una obra completa por parte del contratista. Este proyecto ha sido supervisado y aprobado tanto en su parte técnica como económica por ECOEMBES, parte cofinanciadora del proyecto, así como los Servicios Técnicos del Ayuntamiento de Madrid. (...) 2º.- El suministro de los equipos debe ser realizado por la misma empresa que ejecutará el proyecto, en este caso la UTE, ya que el diseño de los mismos requiere que sea encajado y absolutamente compatible, dentro del proyecto global e integrado dentro del conjunto de la instalación ya existente, tanto a nivel mecánico como de programa, ya que el control de todo el conjunto de la instalación se llevará a cabo desde el PLC y los SCADAS generales de planta”.

Resulta claro que la necesidad de incrementar los porcentajes de recuperación no puede hacerse mediante la adjudicación de un nuevo contrato sino que ha de lograrse mediante la implantación de mecanismos automatizados de recuperación que logren ese incremento en el marco de la concesión vigente.

Además, no puede entenderse que la presente modificación suponga una desventaja hacia los demás licitadores porque, como se ha expuesto, la modificación propuesta se encuentra estrechamente vinculada con las exigencias de reciclaje recogidas en la normativa de residuos que plantea la necesidad de aumentar los porcentajes de reciclado en un contexto en el que cada vez se generan mayores tasas de residuos. En estos casos, la llamada cláusula de progreso en relación con el *factum principis* supone que el concesionario ha de asumir estas mayores exigencias bien a través de modificados bien a través de reequilibrios económico-financieros.

En mérito a cuanto antecede la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la tercera modificación del contrato de gestión de servicio público de tratamiento de residuos sólidos urbanos producidos en el término municipal de Madrid.

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 1 de diciembre de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 543/16

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid