

Dictamen n^o **343/15**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **08.07.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 8 de julio de 2015, emitido ante la consulta formulada por el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la Alcaldesa mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre una tercera modificación del contrato de Gestión de Servicio Público denominado “*Suministro, instalación, mantenimiento y conservación de papeleras del servicio de limpieza urbana instaladas en la ciudad de Madrid*”, formalizado con la empresa “A”, en adelante, la contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de mayo de 2015 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación con el presente expediente procedente del Ayuntamiento de Madrid, sobre la propuesta de tercera modificación del contrato citado en el encabezamiento.

Correspondió su estudio a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. Consejero D. Andrés de la Oliva Santos, que formuló y firmó la oportuna

propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 8 de julio de 2015.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo fue acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se consideró insuficiente. Por ello, con fecha 12 de junio de 2015 se solicitó complemento del expediente con suspensión del plazo para emitir Dictamen. Documento que tuvo entrada en el registro de este órgano consultivo el día 29 de junio de 2015.

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

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión denominado “*Contrato para el suministro, instalación, mantenimiento y conservación de las papeleras del servicio de limpieza urbana instaladas en la ciudad de Madrid*” se aprobaron por Decreto de la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente de 13 de noviembre de 2008.

El contrato fue adjudicado por Decreto de la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente, de fecha 4 de marzo de 2009 a la empresa A por un importe total de 72.035.855,83 € (IVA incluido del 7%). El contrato se formalizó ese mismo día.

Con fecha 1 de agosto de 2010 el contrato sufrió una primera modificación consistente en la no cobertura de las vacaciones del personal de Ejecución Directa durante los meses de julio, agosto y septiembre así como la reducción de los servicios de lavado y mantenimiento para el contrato de “*Suministro, Instalación, Mantenimiento y Conservación de las papeleras del Servicio de limpieza urbana instaladas en la ciudad de*

Madrid” con un precio a origen del contrato de “59.368.467,57 €” sin IVA, reducción de 7.954.762,18 € sin IVA respecto de la adjudicación lo que supuso un 11,82% de modificación (reducción).

Con fecha 1 de agosto de 2012 se inició la modificación N° 2 consistió en la reducción de las frecuencias de lavado de papeleras y la modificación del servicio de reposición de bolsas biodegradables que pasaba a ser realizado dentro del nuevo contrato de limpieza de conservación integral. La modificación del servicio se propuso realizarla en tres fases:

A) Agosto 2012 - 28 de febrero 2013: El servicio de reposición de bolsas se mantiene como en el origen del contrato, siendo realizado por A.

B) 1 marzo 2013 - 28 de febrero 2014: Finalización de los contratos de gestión de servicio público de limpieza en todos los distritos de Madrid excepto Moncloa, Chamberí y PAU de Vallecas, que se mantendrán un año más.

C) 1 marzo 2014 - 3 de marzo 2019: Finalización de los contratos de gestión de servicio público de limpieza de los distritos de Moncloa, Chamberí y PAU de Vallecas en marzo de 2014.

Esta modificación supuso una disminución del importe del contrato total de 5.070.492,77 € sin IVA, lo que supuso un 7,53% de reducción respecto del precio de origen adjudicado.

El importe de las modificaciones N° 1 y N° 2 han supuesto una reducción total del contrato de -13.023.174,13 €, con un porcentaje a origen del contrato de reducción del -19,34%.

La directora general de Zonas Verdes, Limpieza y Residuos, con fecha 26 de noviembre de 2014 emite informe-propuesta de tercera modificación del *“Contrato para el suministro, instalación, mantenimiento y conservación de las papeleras del servicio de limpieza urbana instaladas en*

la ciudad de Madrid”. Con fecha 9 de diciembre de 2014 se acuerda el inicio del expediente de modificación del contrato que, tras la emisión de informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, de 23 de diciembre de 2014 y de la Intervención Delegada en Medio Ambiente y Movilidad de 5 de febrero de 2015 y manifestada la conformidad del contratista a la modificación propuesta por escrito presentado el día 26 de febrero de 2015, se declara caducado por Resolución de 9 de marzo de 2015, acordándose el inicio de un nuevo procedimiento y la conservación de los trámites evacuados en aquel.

La modificación del contrato que se propone consiste en el aumento de 607 papeleras a conservar, sobre las 63.517 unidades que fueron objeto de adjudicación inicial y cuyo número ha permanecido constante desde la adjudicación del contrato. De estas papeleras, 40 tienen expendedor de bolsas para perros pasando el contrato de tener un total de 6.000 expendedores a 6.040.

Estas papeleras no son objeto de suministro, dentro del contrato, ya que las mismas han sido colocadas con cargo a los respectivos proyectos de urbanización, por lo que sólo se incluye el mantenimiento, conservación, lavado y suministro de bolsas a los nuevos expendedores en las mismas condiciones que establece el contrato actual (modificado nº 2) para el conjunto de papeleras de la Ciudad de Madrid.

En concreto las nuevas papeleras que se propone conservar son:

A) Ampliación por recepción del ámbito de Valdebebas: La ampliación consiste en incluir en conservación y mantenimiento 422 papeleras: 319 de 50 litros del modelo Cibeles, de las cuales 36 llevarán expendedor de bolsas para excrementos caninos, 85 de 120 litros del modelo Cibeles y 18 del modelo Tempo. Esta ampliación está previsto realizarla a partir del 1 de mayo de 2015.

B) Ampliación por recepción del ámbito de La Atalayuela del distrito de Villa de Vallecas: La ampliación consiste en incluir en conservación y mantenimiento 185 papeleras de 50 litros del modelo Cibeles, 4 de ellas con expendedor de bolsas para excrementos caninos. Esta ampliación está previsto realizarla a partir de 1 de mayo de 2015.

La modificación propuesta, implica un incremento en el precio del contrato de 125.556,35 € (IVA incluido al 10%) y una variación del 0,17 € sobre el precio primitivo de este contrato y un porcentaje acumulado de variación total de todas las modificaciones de un 19,52%

Se ha incorporado a este nuevo procedimiento de modificación del contrato informe fiscal de la Intervención Delegada en Medio Ambiente y Movilidad de 13 de abril de 2014 y documento de Autorización y Disposición de Gasto Plurianual (Ampliación).

Con fecha 27 de abril de 2015 el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), solicita, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, la emisión del dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f) apartado cuarto, de la LCC; a su tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por las entidades locales relativos, entre otros aspectos de la contratación

del sector público, a las modificaciones de los contratos administrativos cuando así lo prevea la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

A estos efectos, el artículo 211 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas en los supuestos de modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente sea superior a un diez por ciento del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la LCC *“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*.

SEGUNDA.- De acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2 TRLCSP, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

La disposición final única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el TRLCSP, establece que la citada norma entraría en vigor al mes siguiente a su publicación en el B.O.E. Por ello, al publicarse en el B.O.E. nº 276, de 16 de noviembre de 2011, la entrada en vigor del TRLCSP tuvo lugar el 16 de diciembre de dicho año.

Por tanto, para la modificación del presente contrato habrá que estar, desde el punto de vista procedimental al TRLCSP y, en las cuestiones sustantivas a la normativa vigente al tiempo de la adjudicación del contrato.

Al adjudicarse este contrato el 4 de marzo de 2009, resulta de aplicación la normativa vigente en ese momento, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su redacción anterior a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES).

Como es sabido, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, introdujo una nueva regulación de los contratos, en especial de su modificación, dando nueva redacción a los artículos 195 y 202 de la LCSP, y creando los nuevos artículos 92 bis al 92 quinquies.

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

Por su parte, la cláusula 27 del PCAP indica que las modificaciones serán acordadas por el órgano de contratación, que en este caso fue la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente. Por Decreto de 9 de marzo de 2015 el Delegado del Área de Medio Ambiente y Movilidad se acuerda el inicio del procedimiento de modificación del contrato.

El artículo 211 TRLSP establece la necesidad de audiencia del contratista que, igualmente, exige el artículo 102 del RGLCAP referido específicamente al procedimiento para las modificaciones contractuales.

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

Tratándose de una entidad local, el artículo 114 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, exige el informe de la

Secretaría y de la Intervención, requisito este último exigido también en el artículo 102 del RGLCAP.

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

Además, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de 17 de enero de 2013, por el que se establece la organización y estructura del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública y se delegan competencias en su titular y en los titulares de sus órganos directivos, debe informar con carácter preceptivo y vinculante la Oficina de Colaboración Público-Privada. Consta en el expediente informe de la subdirectora general de Colaboración Público Privada con el visto bueno del Director General de Contratación, de 11 de diciembre de 2014, favorable a la modificación propuesta.

Debe hacerse una especial referencia a la necesidad de dictamen del Consejo Consultivo: el artículo 211.3 TRLCSP exige el dictamen del órgano consultivo cuando las modificaciones, aislada o conjuntamente, superen el 10% del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros. La modificación que se propone representa un aumento del precio primitivo del contrato del 19,52% por lo que resulta preceptiva la emisión de dictamen de este Consejo.

Como ya indicamos en nuestros dictámenes 107/13, de marzo y 160/14, de 23 de abril, no resulta precisa la audiencia a los avalistas.

Para concluir los aspectos procedimentales, el artículo 102 del RGLCAP exige la redacción de la oportuna propuesta integrada por los

documentos que justifiquen, describan y valoran la modificación que se pretende realizar, la audiencia al contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

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

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

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de modificación del contrato, ni el TRLCSP ni el RGCAP establecen nada al respecto.

Ello no obstante, 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) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el Dictamen 527/09 de 20 de mayo.

Sin embargo, el artículo 42.5.c) LRJ-PAC dispone que el plazo para resolver y notificar la resolución se puede suspender,

“Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órganos de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesado y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada”.

En el presente caso consta en el expediente que el Ayuntamiento acordó, con fecha 14 de abril la suspensión del procedimiento que *“surtirá efecto desde la fecha de petición del informe preceptivo al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid”*, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.2 LRJ-PAC.

Suspensión que se comunicó a la empresa contratista ese mismo día, por lo que el plazo para resolver el presente procedimiento quedó suspendido con esa misma fecha.

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

La modificación unilateral (*ius variandi*) de los contratos ha sido una de las tradicionales prerrogativas exorbitantes de la Administración en la contratación administrativa frente a la regla general (*pacta sunt servanda*) del derecho privado recogida en el artículo 1256 del Código Civil *“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

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

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

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

Como ya se ha advertido, al tiempo de la adjudicación del contrato estaba vigente la LCSP en su versión primitiva cuyo artículo 202 establecía:

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

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

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

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

4. En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación”.

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

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

En el presente expediente el informe de la jefa del Servicio de Contratación justifica la modificación propuesta en que:

“El desarrollo, de los ámbitos urbanísticos de Valdebebas del distrito de Hortaleza y la Atalayuela del distrito de Villa de Vallecas, han sido recibidos por parte del Ayuntamiento de Madrid en virtud de sus obligaciones urbanísticas y hacen imprescindible conservar los elementos recibidos, entre los que se encuentran las papeleras que son necesarias por razones de salubridad y que por lo tanto es necesario incluir para la conservación y mantenimiento, no habiendo sido posible, preveer en el momento de adjudicación del contrato la incorporación de estos dos desarrollos urbanísticos ya que, en esa fecha se desconocía la evolución de la ejecución de estos

ámbitos. Además la alternativa de realización de un contrato independiente para el mantenimiento de estas papeleras supondría, por la pequeña entidad, unos costes mucho más altos en detrimento del interés público”.

El contrato tenía por objeto el suministro e instalación 63.504 papeleras y el mantenimiento y conservación de éstas en *“todas las vías públicas de la ciudad de Madrid, incluyendo aceras, plazas, así como cualquier otro espacio de titularidad pública situado entre edificios, excepto las existentes en parques, jardines y zonas de juego infantiles”*. En el anexo I se fijaban los límites del perímetro de dicho ámbito territorial que incluía los distritos de Hortaleza y Villa de Vallecas.

La modificación propuesta tiene por objeto la conservación y mantenimiento de 607 nuevas papeleras (40 de ellas con expendedor de bolsas para excrementos caninos) colocadas con cargo a los respectivos proyectos de urbanización de Valdebebas en el distrito de Hortaleza y La Atalayuela en el distrito de Villa de Vallecas, proyectos recepcionados por el Ayuntamiento de Madrid, con posterioridad a la firma del contrato y que se incluyen dentro de su ámbito territorial.

El informe de la Asesoría Jurídica señala que debe concretarse y explicarse más la razón por la que no pudo preverse en el momento de adjudicación del contrato la incorporación de estos dos ámbitos y, por tanto, las correspondientes unidades de papeleras y añade que, como el punto 10.1 PPT ya contemplaba la necesidad de ampliar 3.500 unidades con motivo de nuevos desarrollos urbanos, debería justificarse por qué en el momento de la adjudicación no se podía prever el incremento de unidades a conservar como consecuencia de la incorporación que habría de producirse de dichos desarrollos urbanos.

En respuesta al anterior informe, el subdirector general de Limpieza, Residuos y Conservación de Zonas Verdes declara que,

“el número de papeleras adicionales a las que existían en Madrid cuando se elaboraron los Pliegos (diciembre de 2008) y que solicitaba que era obligatorio incluir al menos 3.500 unidades se refería al suministro y conservación para ampliar el número de papeleras en las urbanizaciones ya recibidas al inicio del contrato, o en remodelación de zonas urbanas y en las que se detectaba carencia de unidades basándose sobre todo en peticiones de vecinos que en los últimos años del anterior contrato no se pudieron atender. Estas 3.500 papeleras ya se instalaron en los primeros meses del contrato.

Además en este caso el concepto es diferente, ya que no se trata de suministrar papeleras nuevas (en la modificación no se contempla el precio de suministro de las 607 papeleras, sino solamente su conservación y mantenimiento), ya que el suministro y colocación inicial se ha realizado por las correspondientes Juntas de Compensación que han desarrollado y pagado los proyectos de Urbanización que han sido recibidos.

Respecto del punto segundo en el momento de elaboración de los pliegos (diciembre de 2008) no era posible prever el nº de papeleras, ni el momento en que serían recibidas las urbanizaciones para las que se tramita esta modificación. Los proyectos de Urbanización no habían empezado a desarrollarse, hay que tener en cuenta que estamos hablando de 6 años atrás respecto de la fecha actual”.

En relación con la posible inclusión de la modificación propuesta en el contrato integral de gestión de servicio público de limpieza y conservación de los espacios públicos y zonas verdes, el informe del director general de

Limpieza, Residuos y Conservación de Zonas Verdes de 20 de febrero de 2015 declara:

«En cuanto a la incidencia sobre el ámbito del contrato integral de gestión de servicio público de limpieza y conservación de los espacios públicos y zonas verdes extractamos del contrato integral los párrafos donde se define el objeto del contrato, así como el objeto del contrato de papeleras que se pretende modificar.

En la página 8 del PPT del contrato integral de gestión de servicio público de limpieza y conservación de los espacios públicos y zonas verdes define textualmente, entre otros puntos, que es objeto del contrato la “Conservación, mantenimiento preventivo y correctivo, reparación y sustitución de los elementos de mobiliario urbano, incluidas las papeleras de propiedad municipal excepto las 63.460 papeleras de modelo Cibeles y otras 57 papeleras singulares que se encuentran ubicadas en aceras de la vía pública”.

Además en la página 160 del PPT se vuelve a definir el ámbito de aplicación diciendo, “comprenderá aquellos elementos de mobiliario urbano de titularidad municipal, instalados o por instalar en espacios de uso público, que se indiquen, durante el periodo de vigencia del contrato, cuya conservación no esté sujeta a otra adjudicación por concurso o en razón de las características específicas del elemento”.

El contrato actual de papeleras, que se pretende modificar, define el objeto del contrato de acuerdo al título del mismo como la “gestión del servicio público para el suministro, instalación, mantenimiento y conservación de las papeleras del Servicio de Limpieza Urbana instaladas en la ciudad de Madrid”. Y en cuanto al ámbito territorial lo define como “todas las vías públicas de la ciudad de

Madrid, incluyendo aceras, plazas, así como cualquier otro espacio de titularidad pública situado entre edificios, excepto las existentes en parques, jardines y zonas de juegos infantiles”.

Puesto que el asunto a valorar es dilucidar en que contrato deben incluirse las papeleras que se amplían consideramos lo siguiente:

1º El contrato de papeleras fue adjudicado en el año 2009 y el contrato integral en el año 2013. El contrato integral recoge la conservación de papeleras que se venía realizando por parte del Departamento de Mobiliario Urbano y que consistían en las papeleras situadas en zonas verdes y zonas infantiles que específicamente excluía el contrato de papeleras del año 2009. Estas papeleras son de modelos normalizados y con ficha en el catálogo municipal de elementos normalizados. Las papeleras de aceras (modelo Cibeles o singulares) no son elementos normalizados y no están en el citado catálogo, por lo que en el Ayuntamiento de Madrid las papeleras de ambos contratos están perfectamente diferenciadas, siendo hasta la fecha gestionadas en contratos diferentes.

2º La conservación de las papeleras en uno y en otro contrato están sujetas a tratamientos muy diferentes. Por ejemplo en el contrato integral no se exige una frecuencia de lavado mínima y no contempla el suministro de bolsas para excrementos caninos. Es decir, que de integrarse las nuevas papeleras en el contrato integral no se podrían cubrir todas las prestaciones necesarias (hay 40 papeleras con expendedor de bolsas) y dispondríamos de papeleras en vía pública de la misma tipología, con tratamientos distintos dependiendo de la zona de Madrid donde estuvieran localizadas.

3º El objeto del contrato de papeleras no limita el número de papeleras a conservar en el futuro, ya que la definición del objeto del contrato no se basa en un número determinado de papeleras a conservar, sino en su situación urbanística territorial. Por lo tanto si se pretende interpretar que el contrato integral, a partir de su entrada en vigor en el año 2013, es quien debe incluir la conservación de todo tipo de papeleras que se amplíen en el futuro en la ciudad de Madrid, de alguna manera su Pliego de Condiciones Técnicas estaría modificando el objeto del contrato de papeleras, adjudicado con anterioridad y este hecho no fue advertido en la tramitación del contrato Integral de gestión de servicio público de limpieza y conservación de los espacios públicos y zonas verdes por ningún servicio municipal.

Como conclusión se considera que la modificación que se propone no incide sobre el objeto del contrato Integral de gestión de servicio público de limpieza y conservación de los espacios públicos y zonas verdes».

De los anteriores informes resulta, por tanto, que el Ayuntamiento de Madrid, al recepcionar el ámbito urbanístico de Valdebebas, del distrito de Hortaleza y el ámbito urbanístico de La Atayuela, del distrito de Villa de Vallecas, se ha encontrado con la existencia de 422 papeleras en el primero de los ámbitos urbanísticos y 185 en el segundo que, como elementos del mobiliario urbano, tiene obligación de mantener y conservar. Al haber sido costeadas estas papeleras por las respectivas Juntas de Compensación, la contratación de su suministro e instalación no fue realizado por el Ayuntamiento de Madrid, pero, desde su recepción, al tratarse de papeleras ubicadas en vías públicas de la ciudad de Madrid, precisan de su conservación y mantenimiento, al igual que el resto de las papeleras incluidas en el contrato cuya modificación se pretende, por lo que cabe

considerar acreditadas las causas imprevistas que motivan la modificación contractual planteada.

Según el informe de la jefa del Servicio de Contratación del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad de 27 de febrero de 2015, el interés público que justifica la modificación contractual se encuentra en los costes mucho más altos que supondría la realización de un contrato independiente para el mantenimiento de estas papeleras, dada la pequeña entidad de un contrato independiente. Nada hay en el expediente que contradiga esta valoración, sino que, por el contrario, los datos conducen a considerarla razonable y acertada.

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

El artículo 202 LCSP exige que las modificaciones no afecten a las condiciones esenciales del contrato. Nos encontramos, como indicamos en el Dictamen 417/12, de 4 de julio, ante un concepto jurídico indeterminado toda vez que no se explicita qué son las condiciones esenciales del contrato.

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

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

sujetos o la presentación de ofertas distintas por los mismos sujetos que concurrieron.

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

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

Esta circunstancia determina que, si bien la normativa aplicable al contrato cuya modificación se pretende es la LCSP en su redacción original, lo cierto es que a la hora de interpretar el concepto jurídico indeterminado *“condiciones esenciales del contrato”* debamos acudir a lo que por ellas entiende la LES en tanto en cuanto sean exigencias del Derecho de la Unión Europea, para ceñir el concepto *“condiciones esenciales del contrato”* al Derecho de la Unión Europea pero no para ir más allá, como hace, legítimamente, el legislador español en la LES que, reiteramos, no es de aplicación a este caso sino que se adopta como criterio interpretativo y únicamente en aquello que sea exigencia de la normativa comunitaria pero no en lo que no lo sea.

En el presente caso, en el que se pretende la modificación de un contrato para ampliar la conservación y mantenimiento de 607 nuevas papeleras en el marco de un contrato 63.460 papeleras, consideramos que la

modificación propuesta no afecta a ninguna condición esencial del contrato. La normativa comunitaria trata de evitar que la modificación altere la competencia y la libre concurrencia estableciendo condiciones diferentes que, de haber sido conocidas con anterioridad, hubieran permitido la licitación a otros sujetos o la presentación de ofertas distintas por los mismos sujetos que concurrieron.

No parece que la ampliación del contrato en la conservación y mantenimiento, que no el suministro, de 607 nuevas papeleras hubiera permitido la licitación a otros sujetos o la presentación de ofertas distintas, por lo que cabe admitir la modificación propuesta.

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

El artículo 202 dispone: “2. *La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual*”.

La modificación propuesta se ampara en la previsión genérica contemplada en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) cuya cláusula 27 dispone lo siguiente:

“El órgano de contratación, podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y en su caso las tarifas que han de ser abonadas por los usuario”.

Cláusula genérica que puede entenderse suficiente a la vista de la legislación vigente al tiempo de la adjudicación del contrato.

En méritos de lo expuesto, este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede informar favorablemente la tercera modificación propuesta siempre que el objeto de esa modificación no haya sido incluido en el contrato integral de gestión del servicio público de limpieza y conservación de los espacios públicos y zonas verdes.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 8 de julio de 2015