

Reclamación nº 253/2024

Resolución nº 273/2024

ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

En Madrid, a 11 de julio de 2024

VISTA la reclamación interpuesta por la representación legal de Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. (en adelante, VALORIZA) contra el acuerdo de 28 de noviembre de 2023, de la Directora de Operaciones del Canal de Isabel II, S.A., por el que se aprueba el modificado nº 1 del contrato de “Servicios de Gestión Indirecta para la gestión de lodos de las EDAR del Ayuntamiento de Madrid y la explotación de la Planta de Secado Térmico con Cogeneración de Sur”, número de expediente 120/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el DOUE y en el BOCM, con fechas 14, 16 y 31 de marzo de 2022, respectivamente, se convocó la licitación y se publicaron los pliegos del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de

adjudicación, sin división en lotes. Los pliegos fueron objeto de rectificación posterior y nueva publicación el 27 de abril de 2022 en el Portal y el 3 de mayo en el DOUE.

El valor estimado del contrato es de 38.216.578,46 euros y el plazo de duración de tres años.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 9 licitadores, entre ellos la reclamante.

Tramitado el procedimiento de licitación, se emitió informe de valoración de ofertas del que se desprende que la mejor oferta fue la presentada por la UTE TÉCNICAS DE DESALINIZACIÓN DE AGUAS, S.A. (TEDAGUA) – MONCOBRA, S.A. con una puntuación de 98,89 puntos y un porcentaje de baja de 24,96%. En consecuencia, la Mesa de contratación propuso en el mismo acto la adjudicación del contrato a la referida UTE.

Con fecha 2 de diciembre de 2022 y conforme a lo previsto en la cláusula 14 del PCAP, se notificó por medios electrónicos a las empresas la adjudicación del contrato. Con fecha 9 de diciembre de 2022, se publicó la adjudicación en el portal de contratación de la Comunidad de Madrid.

El 29 de diciembre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de VALORIZA en el que solicita la anulación de la adjudicación y la retroacción de actuaciones al momento anterior al que la Mesa decidió admitir las ofertas de ACCIONA AGUA, S.A. y de la UTE adjudicataria, tras haberse incluido las mismas en presunción de anormalidad.

Mediante Resolución 18/2023, de 12 de enero fue inadmitida la reclamación

por extemporánea.

Con fecha 17 de enero de 2023, Canal de Isabel II, S.A. y la UTE formalizaron el Contrato por un plazo de duración de tres años desde la fecha indicada en el acta de inicio de los trabajos, susceptible de ser prorrogado por un (1) año más, por un importe de 23.119.062,30 euros, IVA excluido.

El día 28 de noviembre de 2023 la Directora de Operaciones de Canal de Isabel II, S.A., aprobó la primera modificación del Contrato sin aumento de precio y de conformidad con el artículo 111.2 letra d) del RD-LCSE, debido a la necesidad de incorporar las unidades no previstas en el Contrato. La referida modificación fue formalizada el 29 de noviembre de 2023 mediante el correspondiente acuerdo entre el Canal de Isabel II, S.A. y el Contratista.

La publicación del acuerdo de modificación se realizó el 22 de mayo de 2024.

Tercero. - El 12 de junio de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el reclamación en materia de contratación, formulado por la representación de VALORIZA en el que solicita la anulación del acuerdo por el que se aprueba el modificado nº 1 del contrato de referencia.

El 19 de junio de 2024, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto. - La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. El interesado ha presentado alegaciones en el plazo indicado de las que se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto de esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y se encuentra sujeto al Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, RDLCSE). En consecuencia, la tramitación de la Reclamación le será de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse iniciado la licitación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

El artículo 121.1 del RDLCSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE, en relación con el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público,

por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la reclamación planteada.

Segundo. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que concurrió al procedimiento de licitación en concurrencia del que resulta la adjudicación del presente contrato, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* en caso de que prosperara su pretensión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 de la LCSP, al que se remite el artículo 121 del RDLCSE.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El Acuerdo de Modificación es susceptible de reclamación al amparo del artículo 119.2,d) del RDL 3/2020. Son susceptibles de recurso, entre otros: *“d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 110 y 111 del presente real decreto-ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación”*.

El valor estimado de la modificación supera el umbral recogido en el artículo 119.1.c) del RDLCSE.

Cuarto. - La reclamación se interpuso en plazo, ya que la modificación fue publicada el 22 de mayo de 2024, presentándose la reclamación el 12 de junio de 2024.

Quinto. - La reclamación se fundamenta en que la modificación se lleva a cabo, de acuerdo a lo que se indica en el propio texto del Acuerdo, conforme al artículo 111.2

d) del RD-LCSE, debiendo poner de manifiesto que no concurren los presupuestos de orden fáctico y jurídico con los que se pretende justificar dicha decisión.

Indica el Acuerdo de Modificación que el mismo se adopta en base a la necesidad de incorporar unidades no previstas. Es más, se añade *“ya que era imposible prever que la empresa saliente del contrato anterior no realizaría la reparación de una avería de un equipo fundamental de la instalación”* - y se afirma más aún – *“cuando se realizó la licitación del contrato 120/2021 no se podía prever la avería de la turbina o de los otros elementos, ya que se encontraban en operación y los informes y la documentación entregada mensualmente por la empresa adjudicataria en ese momento no evidenciaban que podrían tener lugar las averías a las que dará solución a este modificado”*.

A su juicio, todo lo reproducido en el párrafo anterior y que se incorpora al Expositivo “III” del Acuerdo de Modificación es manifiestamente inveraz, de forma que no se está modificando un contrato en base a una nota de imprevisibilidad conocida después de su adjudicación, sino pura y simplemente transfiriendo fondos al contratista a costa de una pretendida acción contra la recurrente que se anuncia en el texto de los informes acompañados a la misma y que, en tanto que es inviable, sólo va a determinar la existencia de una injustificada transferencia de fondos públicos al contratista y al fabricante de la turbina.

Los hechos referidos a la avería y estado de la turbina eran perfectamente conocidos por el Canal al tiempo de la licitación y las obligaciones del contratista en relación a la misma, están comprendidas entre otras en las páginas 51, 37 y 88 del Pliego de Prescripciones Técnicas, por tanto, no hay ni imprevisibilidad desde el punto de vista fáctico, ni desde luego jurídico. Es más, si se tiene en cuenta que la adjudicación del contrato se notifica en diciembre de 2022 y que en fecha 16 de

noviembre de 2022, la mesa de contratación todavía está requiriendo de subsanación a los licitadores, resulta evidente que la referencia al desconocimiento de la situación de la turbina es manifiestamente inveraz. Se desmiente claramente lo que se afirma en el sentido de que la turbina estaba en funcionamiento al tiempo de la licitación del Contrato.

Por tanto, y hay cientos de comunicaciones al respecto, no hay situación alguna de imprevisibilidad como se afirma de forma inveraz en el Acuerdo de Modificación.

Respecto de la manifestación de que se realiza en el sentido de que este modificado del contrato 120/2021 no implica una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones del 10% del precio de adjudicación del contrato, ya que no se produce un aumento del precio del contrato debido a las nuevas partidas que ahora se incorporan, manifiesta que esto es particularmente inveraz por dos razones, porque el argumento de que se ha percibido un precio inferior por falta de funcionamiento de la turbina no es cierto cuando el Contrato contempla un precio para ese supuesto y, en segundo lugar, porque CYII ha colgado en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 23 de mayo de 2024 un “modificado nº 2” ya acordado y suscrito con el contratista nada menos que por importe de 8.916.658,26 € IVA excluido, que determina un incremento del importe de adjudicación del 38,57 % y que sumado al 1.721.800,00 euros que es objeto de esta modificación determina que, con base en un mismo objeto - la turbina - e indebida fragmentación en dos modificados de aquello que responde a un único objeto, se esté superando claramente el umbral establecido a dicho efecto en la Ley.

Se está haciendo referencia a la entrega al contratista de una suma total de 10.638.458,3 euros IVA excluido que supone una modificación de un 46,01% del

precio del Contrato y ello, además, fragmentándolo sin ninguna justificación aparente en dos modificados.

El Canal tramita la modificación como “no sustancial” cuando más allá de elementos susceptibles de interpretación, hay un dato que no cabe omitir y es que la referida modificación conjuntamente supera el 10% de precio del Contrato, de hecho, junto al Modificado n.º 2 alcanza el 46 % del precio del Contrato. Es cierto que se cuida en no llegar al 50% pero incurre claramente en el apartado 3 i del Artículo 111.2 d) y, como indica el precepto que citan a continuación, basta la concurrencia de una sola de las condiciones descritas para que nos encontremos ante una modificación sustancial.

Por su parte, el órgano de contratación alega que al haberse producido la avería de la turbina durante la vigencia del contrato anterior, y ante la negativa del adjudicatario de realizar los trabajos de reparación que le correspondían según el objeto del contrato, dichos trabajos no están cubiertos por el contrato actual de gestión de la Planta por lo que, para poner en funcionamiento la instalación de secado de los lodos, una actividad esencial para el ciclo de la gestión del agua, es necesario tramitar un expediente de modificación del contrato 120/2021, que recoja las nuevas unidades que se deben realizar para operar la planta con normalidad. El alquiler de la turbina y, por tanto, la puesta en servicio de la Planta de Secado Sur, permitirá tratar la totalidad de los fangos generados en las EDAR del Ayuntamiento de Madrid dejando de llevar este residuo a parcelas agrícolas, eliminando así el riesgo de cualquier incidente medioambiental.

Al producirse el cambio de empresa explotadora en la Planta de Secado Sur por la finalización del contrato 24/2017 y la formalización del contrato 120/2021, la empresa saliente dejó sin reparar el equipo fundamental para el secado de lodos que

es la turbina denominada GG8, averiada en enero de 2022 durante la vigencia del contrato anterior (que finalizó en enero de 2023) y que, incluso, fue desplazada a las instalaciones del fabricante en Connecticut (EEUU), pero que no ha sido reparada y devuelta a la planta en condiciones de funcionamiento. Es decir, el reclamante, durante la ejecución del contrato anterior, ha trasladado el equipo fundamental de la planta a EEUU con la aparente intención de repararlo, para finalmente dejarlo en ese país sin hacerse cargo de la reparación, causando un grave perjuicio a la operación de la misma.

Asimismo, el anterior adjudicatario del contrato, la empresa reclamante VALORIZA ECO, S.L., dejó pendientes diferentes trabajos correctivos que impiden el funcionamiento de los equipos de secado, así como efectuó la retirada de una turbina de sustitución, lo que provocó la parada de la Planta de Secado Sur.

Pese a los requerimientos de Canal de Isabel II, S.A para que el adjudicatario del contrato diera cumplimiento a sus obligaciones contractuales y, en consecuencia, realizara las reparaciones necesarias en la planta - sobre todo la turbina - con cargo al contrato vigente en aquel momento, el adjudicatario no solo no realizó las reparaciones, sino que comunicó a Canal de Isabel, II, S.A. que iba a retirar la turbina de sustitución, dejando la planta sin turbina y, por tanto, sin efectuar el secado de los lodos. Los requerimientos de Canal de Isabel II, S.A. han sido contestados por la reclamante imputando, a su vez, un incumplimiento contractual de Canal de Isabel II, S.A., circunstancia que deberá ser resuelta conforme al régimen jurídico y jurisdicción aplicable al mencionado contrato.

A continuación, procede a justificar la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 111.2 letra d) del RD-LCSE para la Modificación número 1 del contrato.

En este sentido, el artículo 109 del RD-LCSE establece que los contratos celebrados por las entidades contratantes solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se hubiera previsto en el propio pliego de condiciones o cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de condiciones, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 111 del RD-LCSE, que dispone que la modificación debe encontrar su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado 2 del artículo y debe limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

La Modificación nº 1 del contrato responde al supuesto contemplado en el apartado 2, letra d) del artículo 111 del RD-LCSE (modificaciones no sustanciales) y además se ha limitado a introducir variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la hizo necesaria que es recoger las nuevas unidades que se deben realizar para poner en funcionamiento la planta de secado de lodos, en concreto, las siguientes:

- Alquiler diario de turbina de sustitución.
- Montaje/desmontaje de turbina por personal especializado de Mitsubishi Power Aero (fabricante de la turbina).
- Transporte de la turbina entre las instalaciones de Mitsubishi Power Aero y Planta de Secado Sur.

Todo ello, hasta que se produzca la reparación de la turbina de la planta, cuyos trabajos de reparación y montaje han sido objeto del Modificado nº 2 del contrato.

No se trata, en definitiva, de ejecutar el contrato de forma distinta a la pactada, lo que, en virtud de lo establecido en el artículo 109.1 del RDLCSE impediría la tramitación de una modificación contractual y llevaría a la resolución del contrato y a sustanciar una nueva licitación - que es lo que propone la recurrente en su escrito de reclamación -, sino de realizar los actos necesarios para que la planta pueda entrar en funcionamiento y se produzca la ejecución del contrato en la forma establecida en los pliegos del procedimiento de licitación.

Al tiempo de la preparación de la licitación del contrato 120/2021 objeto de la modificación - el informe de Necesidad e idoneidad se suscribió el 8 de noviembre de 2021 -, no se conocía que la turbina se iba a averiar, ni por supuesto que, en caso de avería, el anterior adjudicatario del contrato no se iba a hacer cargo de las gestiones para la reparación. Es decir, que la circunstancia imprevista no consiste como indica la reclamante en su escrito de recurso, que Canal de Isabel II conociera la avería de la turbina - que cuando se realizaron las actuaciones preparatorias del contrato no conocía - sino en el hecho de que el anterior adjudicatario del contrato, la empresa recurrente, no se hiciera cargo de la reparación de la turbina, hecho constitutivo de un incumplimiento contractual que se sustanciará ante la jurisdicción competente y que no podía preverse antes de iniciada la licitación del contrato.

Si bien es cierto que la turbina se pudo averiar días antes de la convocatoria, no se entiende que VALORIZA, que lleva operando la planta bajo distintas denominaciones más de 20 años, presentara oferta a estos pliegos para un contrato de 3 años prorrogable por 1 año más, sin recurrir los mismos y aceptándolos en sus términos, en cuyo clausulado técnico se incluía una turbina “que había llegado al final de su vida útil” tal y como expone en su considerando 29 del escrito de reclamación. Todo lo contrario, presentó oferta y durante el procedimiento de licitación envió la misma a reparación a EEUU. Posteriormente, una vez publicada el acta de 26 de

septiembre de 2022 con una propuesta de adjudicación no favorable a VALORIZA, en octubre de 2022, VALORIZA, presenta informes de terceros (no del fabricante) a los efectos de justificar su decisión de no reparar la turbina y dejar de cumplir con lo previsto en el contrato del que era adjudicatario.

Se debe señalar que el fabricante de la turbina, en contra de lo indicado por VALORIZA, está dispuesto a repararla, tal y como se indica en el modificado nº 2.

La modificación del contrato no es sustancial, tal como argumenta la recurrente, ya que no tiene como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio, toda vez que con la introducción de las nuevas unidades no se altera la naturaleza del contrato, ya que no se varía sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada. Las operaciones de mantenimiento preventivo y correctivo están dentro de las prestaciones objeto del contrato, la explotación de la Planta de Secado Sur y el mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos necesario para el secado de los lodos.

Asimismo, no puede presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas. Además, la introducción de las nuevas unidades de obra no altera la naturaleza del contrato, ya que no se varía sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

Respecto al equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista, indica que las unidades introducidas con la modificación, tal y como se expone en el informe del área técnica sobre el Modificado nº 1 ascienden a un total de 1.681.300,00 euros,

IVA excluido, que representa un 7,27 por ciento del precio inicial del contrato (23.119.062,30 euros, IVA excluido).

Sin embargo, la modificación no aumenta el precio del contrato y por tanto se cumple con el requisito del apartado 3º (i) del artículo 111.2.d) RD-LCSE, que exige para que la modificación no sea sustancial que no altere la cuantía del contrato de servicios en más de un 10 por ciento, IVA excluido.

En consecuencia, la modificación no altera el equilibrio económico del contrato en favor del contratista con un incremento del 46 % del precio del contrato, como argumenta la empresa recurrente, aun considerando la suma de las dos modificaciones como de forma manifiestamente errónea realiza la contratista.

Argumenta también la reclamante que con el modificado se realiza una transferencia de fondos públicos al contratista y al fabricante de la turbina. Nada más lejos de la realidad, los costes empleados en la puesta en funcionamiento normal de la planta de Secado Sur serán reclamados a la empresa adjudicataria del contrato anterior 24/2017 y hoy reclamante, VALORIZA ECO, S.L.

Por su parte, la adjudicataria sostiene que la resolución recurrida resultada ajustada a Derecho, por cuanto en el presente supuesto, se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 111 del RD-LCSE, debiéndose desestimar la pretensión de contrario.

Alega que en el alcance de los pliegos no se encuentra el suministro de una turbina, sino su operación y mantenimiento. Las referencias que hacen los pliegos al equipo de sustitución se limitan a casos vinculados a mantenimientos puntuales e incumplimientos del contratista de sus obligaciones bajo el Contrato. En este sentido,

la propia definición empleada por el Contrato. En este sentido, la propia definición empleada por el Contrato “sustitución”, denota la necesidad de la existencia de la turbina al arranque del servicio. A falta de información en la licitación sobre el estado de la turbina, todo contratista experimentado debe partir de la premisa de que la turbina se encuentra en condiciones óptimas para garantizar la normal, continua y segura operación de la Planta de Secado Térmico Sur.

A la vista de los hechos que figuran en el Informe y Propuesta que forma parte de la Resolución recurrida, se debe analizar si se ha producido una alteración indebida de las reglas de la licitación, a resultas de la cual, puede considerarse que debería haberse iniciado una nueva licitación.

Tomando como referencia el contenido del Informe y Propuesta de modificado n.º 1 y la fundamentación que se acaba de exponer, considera que la modificación impugnada no constituye una nueva adjudicación ni debiera haber sido, por tanto, objeto de nueva licitación del Contrato, ya que no presenta características sustancialmente diferentes de las del Contrato inicial ni pone de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar aspectos esenciales del mismo, sino que lleva a cabo una modificación no prevista en el pliego administrativo de aplicación.

Vistas las alegaciones de las partes procede dilucidar si la modificación contractual llevada a cabo es ajustada a Derecho.

En lo referente a las modificaciones del Contrato, la cláusula 24 del PCAP establece lo siguiente: *“24.1 Modificación del Contrato.*

El contrato podrá modificarse en los términos previstos en los artículos 109 a 111 del RD-LCSE. En este sentido, se indican, en su caso, en el apartado 10.12 del Anexo I

las condiciones, el alcance, los límites, el procedimiento y el porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar las condiciones 110 del RD-LCSE.

Las modificaciones del contrato que se produzcan durante la ejecución se publicarán en el perfil de contratante del órgano de contratación en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el sitio web institucional de la Comunidad de Madrid: <http://www.madrid.org/contratospublicos> en los términos indicados en el artículo 112 del RD-LCSE. Asimismo, en caso de que el contrato se haya modificado en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 111 del RD-LCSE, se publicará un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio deberá contener la información establecida en la sección correspondiente del Anexo X del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Las modificaciones del contrato no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares deberán ser aprobadas por el órgano de contratación, previo trámite de audiencia al contratista y emisión del correspondiente informe sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente”.

El apartado primero del artículo 109 del RD-LCSE, establece que:

...1. Los contratos celebrados por las entidades contratantes solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en los pliegos de condiciones en los términos y condiciones establecidos en el artículo 110.

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de condiciones, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 111...

En este sentido, el artículo 111.1 del RD-LCSE dispone lo siguiente:

...1-Las modificaciones no previstas en el pliego de condiciones o que habiendo sido previstas no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado 2 de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria...

Por su parte, el artículo 111.2 d) del RD-LCSE dispone lo siguiente:

...2- Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

(...)

d) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En todo caso, se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un

principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de licitación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de licitación. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

i. El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral

que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en el artículo 1.

ii. Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación...

En el caso que nos ocupa, la modificación consiste en incorporar las siguientes unidades no previstas:

- Alquiler diario de turbina de sustitución.
- Montaje/desmontaje de turbina por personal especializado de Mitsubishi Power Aero (fabricante de la turbina).
- Transporte de la turbina entre las instalaciones de Mitsubishi Power Aero y Planta de Secado Sur.

Según refiere el Informe del Área por el que se propone la modificación del contrato, la misma se realiza con sujeción a lo establecido en el artículo 111.2 d) del RDL 3/2020.

Por tanto, procede determinar si se cumplen las exigencias legales previstas en el artículo 111. 2 d) del RDL3/2020.

En primer lugar, para llevar a cabo una modificación en los términos del apartado 111. 2 d) del RDL 3/2020 es indispensable indicar las razones por la que las prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. En respuesta a ello, el órgano proponente manifiesta que al producirse el cambio de empresa explotadora en la Planta de secado Sur por la adjudicación del contrato 120/2021, la empresa saliente dejó pendientes varios trabajos correctivos que impiden el funcionamiento de la Planta

de Secado Sur, que en la actualidad se encuentra parada ante la imposibilidad de arrancar varios equipos averiados.

Según consta en el expediente, la avería se produjo en enero de 2022. El informe de necesidad del nuevo contrato es de fecha 8 de noviembre de 2021, por tanto, de fecha anterior a la avería. En cualquier caso, desde que se produjo la avería hasta que se adjudicó el nuevo contrato en enero de 2023, el anterior adjudicatario, ahora reclamante, pudo realizar las reparaciones correctivas correspondiente en cuanto obligación contenida en el PPT, por lo que la incertidumbre para el órgano de contratación se mantuvo hasta la adjudicación del nuevo contrato. Esta circunstancia justifica que las prestaciones objeto del actual modificado no se incluyera en el contrato inicial.

Análisis de las circunstancias para considerar una modificación como sustancial en el caso que nos ocupa:

La modificación no introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

Como señala el órgano de contratación, no puede presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas. Además, la introducción de las nuevas unidades de obra no altera la naturaleza del contrato, ya que no se varía sustancialmente la función y características esenciales de la

prestación inicialmente contratada.

Respecto a que la modificación no altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial, hay que señalar que no se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

En cuanto a que la modificación no amplíe de forma importante el ámbito del contrato, hay que destacar que el objetivo del contrato es la puesta en servicio de la Planta de Secado Sur, y el contrato incluye la explotación mediante gestión indirecta de dicha Planta.

Asimismo, como señala el órgano de contratación el fabricante de la turbina en reparación exige como requisito para alquilar una turbina de sustitución que se tenga firmado el contrato de mantenimiento de la turbina original a reparar. Además, no se puede alquilar la turbina de otra marca ya que este equipo forma parte del conjunto de cogeneración y para poder recurrir a otra marca se debería sustituir toda la tecnología del bloque de cogeneración de la Planta de Secado Sur (filtros de entrada de aire, turbina de eje libre, alternador y equipos auxiliares de la turbina) lo que generaría un aumento de costes muy significativo.

Respecto al valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, hay que indicar que las unidades introducidas con la modificación, tal y como se expone en el informe del área técnica sobre el Modificado nº 1 ascienden a un total de 1.681.300,00 euros, IVA excluido, que representa un 7,27 % del precio inicial del contrato (23.119.062,30 euros, IVA excluido).

En consecuencia, se considera que el modificado nº 1 cumple las exigencias previstas en el artículo 111. 2 d) del RDL 3/2020 por lo que procede la desestimación de la reclamación.

Sexto.- Al haberse dictado resolución, no procede pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar la reclamación interpuesta por la representación legal de Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. contra el acuerdo de 28 de noviembre de 2023, de la Directora de Operaciones del Canal de Isabel II, S.A., por el que se aprueba el modificado nº 1 del contrato de “Servicios de Gestión Indirecta para la gestión de lodos de las EDAR del Ayuntamiento de Madrid y la explotación de la Planta de Secado Térmico con Cogeneración de Sur”.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.