

Informe 27/2011, de 23 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos si no se han previsto en el pliego.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Jaulín, tras adjudicar el contrato de servicios por procedimiento negociado sin publicidad y tramitación urgente, para la restauración del Retablo de la Iglesia parroquial, se dirige con fecha 2 de noviembre de 2011, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

Habiendo formalizado un convenio de colaboración entre la Sociedad de Promoción y Gestión del Turismo Aragonés, S.A.U. y el Ayuntamiento de Jaulín para la restauración del retablo de San José de la Iglesia de la Natividad de Nuestra Señora de Jaulín (Zaragoza), en virtud del cual, la Entidad Local que represento asumía la contratación, adjudicación y ejecución de las tareas necesarias para la restauración completa del mencionado retablo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa contractual vigente, así como la inspección y control de las tareas de restauración que se realicen, el asesoramiento y colaboración en los aspectos técnicos del proceso.

El Ayuntamiento de Jaulín tramitó un expediente de contratación del servicio por procedimiento negociado sin publicidad y tramitación urgente, para la restauración del retablo de San José de la I^a de la Natividad de Ntra. Sra. de Jaulín (propiedad de la Iglesia Parroquial), en el que habiendo invitado a tres empresas, resultó adjudicatario ANTIQUE, S.L.¹, por haber presentado la mejor oferta económica (baja económica, mejoras, plazo de ejecución y mantenimiento, etc.) El precio del contrato a pagar por Sociedad de Promoción y Gestión de Turismo de Aragón, S.A.U. es el de 21.500 € de coste estimado y de 3.870 € de IVA.

Una vez formalizado el contrato² con ANTIQUE, S.L. , la empresa presenta en el registro de entradas del Ayuntamiento un informe en el que pone de manifiesto que de las catas realizadas se ha observado la existencia de una capa de yeso y un 2º repinte de la obra, que requieren una intervención minuciosa con bisturí, y cuyo coste excede de la subvención³ inicialmente concedida por TURISMO de Aragón (será preciso ejecutar mayor restauración, por importe de 14.850 € de coste estimado y 2.673 de IVA, lo que supone 17.523 € de gasto total).

Para justificar esta mayor intervención con la consiguiente necesidad de prórroga para su ejecución e incremento del precio de la restauración, ANTIQUE, S.L. ha presentado en el Ayuntamiento de Jaulín un informe con las alternativas posibles:

1ª cambio de destino de la subvención (restaurando otros bienes muebles de la Iglesia);

2ª ejecución de la restauración en los términos adjudicados (actuando sobre el 1º repinte), dejando para una segunda fase la terminación en condiciones de la restauración del retablo (actuando sobre el 2º repinte);

3ª restauración completa de la obra, destinando a financiar el mayor coste de la intervención (14.850 € de coste estimado + 2.673 € de IVA = 17.523,00 €):

- el importe de las mejoras ofertadas por la empresa adjudicataria (3.450,00 € + 621 = 4.071 €),
- dejando de ejecutar, con el visto bueno de la Dirección Técnica, algunas partidas estéticas de la restauración (por 2.150 de coste estimado + 387 € de IVA = 2.537 €),
- agotando el importe de la baja económica realizada al licitar (2.228,81 € de coste estimado + 401,18 = 2.629,99 €),
- siendo preciso además, que Turismo de Aragón / D.G.A./Arzobispado, amplíen la financiación del proyecto para la parte sin financiación municipal (8.285,01 €⁴).

Solicitada consulta al Departamento de Cultura de la DGA, esta informa favorablemente la valoración económica presentada por la empresa adjudicataria, así como absorber parte del incremento

económico con el importe destinado a las mejoras presentadas, y considerando correcta la ampliación del plazo de ejecución de los trabajos. No obstante, hace constar el siguiente párrafo:

“(…) De las tres posibilidades presentadas por la empresa en su informe de 27 de junio, se estima que el cambio de destino de la subvención no es posible, existiendo un contrato consecuencia de una concurrencia de empresas. Habría que resolver el contrato e iniciar otro trámite administrativo para la adjudicación de los nuevos trabajos (…)”.

Atendido que no se van a poder obtener nuevas o mayores subvenciones de Turismo de Aragón, DGA o DPZ para actuar sobre el 2º repinte del retablo, se ha propuesto al Arzobispado la firma de un convenio de colaboración para la financiación de la intervención por 17.523,00 € (IVA incluido).

Habiendo manifestado verbalmente el Arzobispado a representante municipal que, como mucho, podrían financiar con unos 8.000 € la intervención, el Ayuntamiento está estudiando la legalidad de la 3ª propuesta del adjudicatario, así como la posibilidad de tramitar un modificado del contrato ya formalizado.

D. José Mª Gimeno Feliu, en su libro sobre “Las Reformas Legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos”, hace referencia a las reformas introducidas por la Ley de Economía Sostenible, así como sobre el nuevo régimen de las modificaciones contractuales.

De su lectura se desprende que “(…) la modificación del contrato no es posible, aún cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentra entre los pactos del contrato (la previsión del art. 202.2 LCSP se presenta como principal límite a los modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación)”. Añade que “No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente”.

Por otra parte, indica que “(…) la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad -entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta del modificación”.

Prosigue diciendo: “Así, las nuevas necesidades, en principio, deben ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial del contrato”. Comenta la posibilidad de aplicar el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios, sólo si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158 b) de la LCSP (en relación con los artículos 76 de la LCSP y 92 ter).

Hace referencia a la posibilidad prevista en el art. 92 quater de realizar modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, cuando concurren alguna de varias circunstancias que enumera. En el caso objeto de la consulta, parece concurrir la contemplada en la letra b) del apartado 1: “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”.

No obstante, el 92 quater 2 señala: “La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”

Añade el art. 92 quater 3 una serie de supuestos en los que se entiende que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, entre otras:

apartado b) “cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación”;

apartado d) cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares⁵ regulador del procedimiento negociado sin publicidad que nos ocupa, la cláusula 11ª contempla entre las prerrogativas de la administración la modificación del contrato por razones de interés público, sin prever su tramitación y aplicación.

Por otra parte, al tratarse de un negociado sin publicidad, no se publicó anuncio de licitación, por lo que a los invitados a ofertar no se les advirtió expresamente de la posibilidad de tramitar contratos complementarios, ni de las condiciones en que podría hacerse uso de la misma, ni del 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 habría que seguirse para ellos.

Además el coste estimado de intervenir sobre el 2º repinte del retablo excede del 10% del precio de adjudicación del contrato.

Por lo expuesto, sirve el presente para formular la siguiente CONSULTA:

1º) Cabría un modificado del contrato ya formalizado, en los términos propuestos por ANTIQUE, S.L. en su tercera propuesta, o podría considerarse una adjudicación directa ilegal.

2º) Sería posible mantener la vigencia del contrato ya formalizado con ANTIQUE, S.L., realizando una segunda licitación por contrato menor o negociado (con un único licitador) por importe de 17.523,00 € (IVA incluido), en la que se contemplase la actuación sobre el 2º repinte (en los términos que lleguen a informar los técnicos de bienes muebles del Gobierno de Aragón -que están haciendo un seguimiento de la restauración-), admitiendo una oferta, en los términos de la 3ª propuesta de ANTIQUE, S.L., que supondría la adjudicación de esta 2ª licitación por importe de 8.285,01 €.

3º) Procedería resolver el contrato inicialmente formalizado y realizar nueva licitación, con una memoria valorada que contemplara la intervención sobre los dos repintes encontrados en la obra.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 23 de noviembre de 2011, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante.

En primer lugar es necesario recordar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva; no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe, sin embargo, impedimento alguno, en que se pronuncie sobre cuestiones propias de un determinado contrato, si de las mismas puede extraerse un criterio de general aplicación, que sirva de base a la interpretación de la legislación en materia de contratos públicos, como ocurre con la cuestión planteada por el Alcalde de Jaulín, sobre la posibilidad de modificaciones de un contrato si no se han previsto en el pliego.

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Jaulin es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6

g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

II. La posibilidad de modificación de contratos en el artículo 202 LCSP. Circunstancias y límites.

Las cuestiones objeto de este Informe se pueden concretar en cuales son los requerimientos y límites de un modificado contractual, y cuando procede una nueva adjudicación, o una resolución del contrato.

El contrato objeto de análisis se celebró estando vigente la regulación de los modificados con anterioridad a la reforma efectuada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES). Ello exige examinar la cuestión sobre la regulación vigente a la fecha de publicar esta licitación —5 de marzo de 2011—, como ya señaló esta Junta en su reciente Informe 23/2011, de 12 de septiembre: «...*la normativa aplicable al eventual modificado de un contrato debe ser la vigente cuando se celebró el mismo*».

En todo caso, como ya se pusiera de relieve en nuestro Informe 3/2009, de 15 de abril, y se reiterara en el 23/2011 citado, conviene advertir que la regulación de la potestad de *ius variandi* debe realizarse necesariamente a la luz de los principios y reglas del derecho comunitario, tal y como han sido interpretadas por el TJUE (y las que obedece la reforma de la LES, que entraba en vigor el 6 de marzo de 2011), y que conducen a una interpretación restrictiva de esta práctica. En modo alguno puede obviarse tampoco que el régimen actualmente vigente sobre los modificados es más restrictivo —por exigencias del derecho comunitario—, y que ésta nueva regulación debe servir de parámetro interpretativo, en todo caso.

Como se establecía en nuestro Informe 3/2009, la regulación de los modificados debe interpretarse en coherencia con la citada Directiva 2004/18,

en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma tal, y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (Asunto *Succhi di frutta*), en la que se establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato. Y debe realizarse una interpretación restrictiva, tal y como indica la STJUE, de 13 de abril de 2010, Asunto Wall AG.

La previsión del artículo 202.1 LCSP implica que sólo son posibles aquellos modificados en los contratos cuando existen razones de interés público y se trate de necesidades nuevas imprevistas. Además, el párrafo 2 del citado precepto precisa que: *«La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual»*.

Para que este modificado se atenga a la legalidad sería preciso, amén de imprevisible y justificado en razones de interés público, que se cumplan las dos condiciones siguientes:

1) que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación. Así, una ampliación del objeto del contrato como el que se pretende (incremento superior al cincuenta por ciento), aunque puede integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituye por sí una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato, así como de las normas procedimentales para efectuar modificaciones, en tanto el precio, como declara la Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005, Asunto Comisión Reino de España, es un elemento esencial de todo contrato que se altera de forma evidente cuando se incrementa en este porcentaje.

2) que la posibilidad de realizar una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación (la previsión del artículo 202.2 LCSP se presenta como principal límite

a los modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación). El pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. Y es que la modificación del contrato no es posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentra entre los pactos del contrato, pues en este caso, no se garantiza una adecuada visión del verdadero «objeto del contrato», lo que exige, además, una cuantificación a los efectos de calcular correctamente el valor estimado del contrato. Dato que, como se constata de la documentación presentada, no concurre en el supuesto que ahora se informa. Sin previsión en el pliego —causas, importe y procedimiento— no es posible un modificado, tal y como ha declarado el TJUE, en su Sentencia de 22 de abril de 2010, que ha condenado al Reino de España por la realización de obras complementarias no previstas entre los pactos del pliego.

Por ello, en el caso que se informa, esta Junta entiende que no procede la referida modificación contractual, y que la misma, de efectuarse, constituiría una adjudicación directa, contraviniendo la conocida doctrina del TJUE en su Sentencia de 19 de junio de 2008 (Asunto *Presstext Nachrichtenagentur GMBH*). Y no puede servir de motivación el hecho de encontrarnos ante un procedimiento negociado sin publicidad, con tramitación urgente, por cuanto, como recuerda la referida STJUE de 29 de abril de 2004, «*un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación*» (apdos. 116-118).

Por todo ello, conforme a la argumentación expuesta, esta Junta entiende que no procede la realización de una modificación del contrato para acometer el segundo repinte.

Queda así resuelta la primera de las cuestiones formuladas por el solicitante de este informe. Las otras cuestiones, si procede una nueva licitación del objeto

del modificado, o si debe resolverse el contrato principal para incorporar esa nueva prestación al objeto inicial, deben ser resueltas recordando que la posibilidad de resolver procederá cuando esa modificación deba formar parte del objeto licitado y no pueda individualizarse, pues en este último supuesto lo correcto será licitar de forma independiente el objeto de la modificación propuesta, acudiendo al procedimiento que resulte aplicable por cuantía y características. Corresponde al órgano de contratación decidir y motivar en qué caso nos encontrarnos, si bien las propias características complejas de la prestación, y el objeto de la nueva modificación, aconsejarían la resolución del contrato y la licitación adecuada del nuevo objeto contractual.

III. CONCLUSIONES

I. Las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes.

II. El pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. En el supuesto concreto, en cuanto la previsión del modificado no figuraba en el pliego, no es posible al alterarse si no el objeto del contrato. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato, y equivaldría a una adjudicación ilegal.

III. Procederá una nueva licitación, previa resolución, cuando el objeto del modificado no puede licitarse de forma individualizada sin afectar al objeto del contrato principal.

Informe 27/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 23 de noviembre de 2011.