

Informe 8/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Modificación de un contrato de gestión de servicios públicos para introducir nuevas prestaciones.

I. ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Barbastro se dirige, con fecha 1 de marzo de 2016, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor:

«1.- El Ayuntamiento de Barbastro respecto del servicio de abastecimiento de agua divide técnicamente el mismo en cuatro zonas:

*Casco urbano de Barbastro
Polígono industrial Valle del Cinca
Núcleo urbano de Cregenzan
Núcleo urbano de Burceat*

Todos se abastecen del Canal del Cinca (aguas del río Cinca captadas en el Pantano del Grado). Cada zona, dada su ubicación geográfica, tiene su sistema propio de abastecimiento, captación, acopio, potabilización y distribución. No existe, ni puede existir, interrelación técnica entre los mismos. Sólo comparten, como se ha indicado, el origen del agua.

2.- En lo tocante a gestión del servicio, se presta del modo siguiente:

Casco urbano de Barbastro. Gestión indirecta a través de concesión administrativa de servicios.

Resto (Polígono industrial y núcleos urbanos). Prestación directa si bien las labores de mantenimiento y lectura de contadores las realiza empresa contratada al efecto (contrato administrativo de prestación de servicios).

El Ayuntamiento carece de operarios propios para el mantenimiento del servicio no realizando más labor que la recaudación de la tasa por el servicio prestado en el Polígono Industrial y los núcleos urbanos.

3.- La concesión administrativa para la prestación del servicio en el casco urbano de Barbastro se formalizó mediante contrato suscrito el 26 de junio de 2002 siendo adjudicataria la empresa Aguas Potables de Barbastro S.A.

Se adjunta como anexo copia de la escritura firmada en la fecha indicada en la que consta cuanta información entendemos puede interesar para dar respuesta al caso que interesa.

Rogamos lean las páginas 5 a 12 de la escritura en las que se resume el grueso del procedimiento seguido deduciéndose con claridad la razón primera por la cual no se incluyó en el negocio la prestación del servicio al Polígono Industrial y los núcleos urbanos.

Citar que el contrato tiene prevista una duración de veinticinco años y que se tramitó bajo la vigencia (en lo sustancial) del Texto refundido de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas aprobado por R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

4.- El contrato concesional se viene cumpliendo de forma correcta por parte de la empresa Aguas Potables de Barbastro, S.A. prestándose el servicio a plena satisfacción del Ayuntamiento de Barbastro.

Al margen de lo anterior resulta un tanto incongruente y en ocasiones complejo, or razones varias, el mantener dos sistemas de prestación de un mismo servicio, la concesión administrativa y la prestación directa con colaboración de empresa de servicios.

5.- Aun siendo conscientes de la dificultad jurídica que ello tiene, razón por la cual formulamos esta consulta, deseáramos conocer su parecer sobre la posibilidad de integrar en la concesión administrativa de servicios suscrita con la empresa Aguas Potables de Barbastro, S.A. el servicio que ahora presta directamente el Ayuntamiento en el Polígono Industrial Valle del Cinca y núcleos urbanos de Cregenzán y Burceat.

De resultar viable la integración agradeceríamos, a la luz del contenido del contrato, somera indicación del procedimiento a seguir.

Indicar que:

En modo alguno se pretende modificar el plazo concesional que para todo culminaría en junio del año dos mil veintisiete como está previsto.

Que todos los usuarios del servicio de abastecimiento de agua, los que lo reciben a través de la concesionaria y los que lo hacen directamente del Ayuntamiento abonan las mismas tasas (iguales, sea una u otra la localización), tasas que no se vería alterada por la integración.

Que existe disposición favorable de la empresa concesionario respecto de la integración en la concesión de los servicios prestados directamente por el Ayuntamiento”».

Al escrito se acompaña copia de la escritura pública a que se refiere la solicitud de informe.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 20 de abril de 2016, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar, el Alcalde del Ayuntamiento de Barbastro es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.g) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón

En cuanto a la competencia de la Junta respecto al informe solicitado, el citado Reglamento, en su artículo 3.2, dispone que corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón “*informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa*”. En el ejercicio de este cometido, la Junta debe resolver consultas de carácter general en relación con la interpretación y análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, si bien no puede entrar a valorar expedientes concretos de contratación, ni suplir, por vía

de informe, la competencia de órganos específicos, principalmente, en este caso, los servicios jurídicos y la Intervención del Ayuntamiento de Barbastro.

Dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Sr. Alcalde de Barbastro, no existe impedimento alguno para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de la posibilidad de modificar un contrato de gestión de servicios públicos vigente y sus límites, ya que ésta es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

II. La posibilidad de modificación de contratos en el RDLeg. 2/2000, de Contratos de las Administraciones Públicas. Circunstancias y límites.

Para dar adecuada respuesta a la cuestión planteada en el escrito de consulta es necesario determinar, en primer lugar, cuál es el régimen jurídico aplicable al contrato suscrito el día 26 de junio de 2002 por el Ayuntamiento de Barbastro para la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el casco urbano de dicha localidad.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su apartado 2, establece que *“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 consecuencia, el análisis de la consulta se debe hacer bajo la perspectiva del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (en adelante TRLCAP).

El TRLCAP regulaba las modificaciones de los contratos, con carácter general, en el artículo 101 conforme al cual, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podía introducir modificaciones por razones de interés

público en los elementos que lo integran siempre que respondieran a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

Por su parte, el artículo 163 TRLCAP regulaba la modificación del contrato de gestión de servicios públicos facultando a la Administración a modificar *«por razones de interés público las características del servicio contratado ...»*.

Como puso de manifiesto esta Junta Consultiva en el informe 10/2012, de 11 de abril, relativo a la “Modificación de un contrato vigente de gestión de servicios públicos (concesión)”, si ponemos en conexión este precepto con la disposición general del artículo 160 TRLCAP, en cuya virtud el contratista está obligado a prestar el servicio público con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato, *«... se extrae la conclusión de que, tratándose de un contrato de gestión de servicios públicos, que por esencia implica entregar la prestación de un servicio de titularidad de la Administración a un contratista, durante un plazo de tiempo que puede llegar a ser muy prolongado, aquella gozará de un amplio poder discrecional para modificar el contrato cuando surjan las necesidades imprevistas no contempladas inicialmente, que hagan necesaria la modificación.*

Además hay que tener en cuenta otros preceptos que disciplinan tanto la modificación del contrato, como la del servicio público que se presta indirectamente a través de la técnica contractual, y generalmente a través de la concesión de servicios públicos, como es el caso del contrato cuya modificación se somete a consulta.

Entre ellos destaca el artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante RSCL), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 –precepto que, como todo el Título III del que forma parte, ha sido declarado expresamente en vigor por la Disposición Derogatoria única, apartado 1.f) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en la medida en que no se oponga a lo establecido en el TRLCAP y en el RGLCAP-, que dispone textualmente: «La Administración concedente ostentará, sin perjuicio de las que

procedan, las siguientes potestades (...): Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionase directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público y, entre otras: a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista y b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario», si bien la Corporación deberá, como señala el apartado 2.2º «mantener el equilibrio financiero en la concesión...»

No obstante el margen que el marco normativo descrito otorga a la Administración para la modificación de un contrato de gestión de servicios públicos bajo el régimen del TRLCAP, es preciso resaltar los estrictos límites que acotan las posibilidades de modificación de los contratos públicos y que, a modo de resumen, se pusieron de relieve en Informe 1/2014, de 22 de enero, de esta Junta Consultiva:

«Esta Junta ya ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el régimen jurídico aplicable a la modificación de los contratos adjudicados bajo la vigencia de diferentes normas jurídicas distintas del TRLCSP. Así, en su Informe 3/2009, de 15 de abril, analizó el régimen jurídico aplicable a un contrato adjudicado bajo la vigencia del TRLCAP. Con posterioridad, y respecto del régimen jurídico de los modificados aplicable a los contratos adjudicados conforme a la LCSP, en su versión anterior a la reforma operada por la Ley de Economía Sostenible (en adelante LES), se ha pronunciado esta Junta en varias ocasiones, en concreto en los Informes 23 y 27/2011, de 12 de septiembre y 23 de noviembre respectivamente, y 4/2012, de 1 de febrero.

En el Informe 23/2011, de 12 de septiembre, relativo a las «Cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible», se planteaba la aplicabilidad del nuevo régimen de los modificados surgido de la LES, y concluía que de acuerdo con la Disposición Transitoria Séptima de la misma, la normativa aplicable debe ser la vigente cuando se celebró el contrato, pero ello «no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada

necesariamente en coherencia con la Directiva 2004/18/CE —en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la misma— y tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta)».

Asimismo, para un contrato que se celebró estando vigente la regulación de los modificados con anterioridad a la reforma efectuada por la LES, el informe 27/2011, indicaba:

«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».

Por lo tanto, la normativa aplicable a los modificados de los contratos debe de ser la vigente en el momento de celebración del contrato, en el supuesto que nos ocupa la LCAP (artículos 102 y 164), pero interpretada en coherencia con las Directivas y la jurisprudencia comunitaria, y sin olvidar que el nuevo régimen incorporado por la LES, aunque no directamente aplicable, debe servir también como referencia»

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en informe 54/2006, de 11 de diciembre, puso también de relieve la relación de los límites a la posibilidad de modificación de los contratos con la primacía de los principios de libre competencia y buena fe: *«En este extremo —modificación del contrato— el criterio de esta Junta suele ser negativo en cuanto a su posibilidad por las*

razones reflejadas en el informe de 12 de marzo de 2004 (expediente 50/03) incorporados al reciente informe de 24 de marzo de 2006 (expediente 12/2006) en el siguiente sentido:

«...debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que, “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato... la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que ahora se produce» (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999, y 2 y 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00)»

Además de todo lo hasta aquí expuesto, la modificación pretendida no puede suponer una nueva contratación, como sucedería con la alteración sustancial del objeto del contrato o de las características esenciales de los servicios. Así, el TJCE, en sentencia de 19 de junio de 2008, *Asunto Presstxt Nachrichtenagentur GMBH* considera que «con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 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 este sentido, y como se indica en el informe 3/2009, de 15 de abril, de esta Junta Consultiva, relativo a “Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad”, «la

modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida a servicios inicialmente no previstos.... Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial».

Finalmente debe recordarse que, como ya puso de manifiesto esta Junta Consultiva en su informe 12/2012, de 23 de mayo, de acuerdo con el artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, una eventual modificación contractual, de cualquier poder adjudicador, esté o no prevista en el pliego, exigiría tanto publicidad en el perfil de contratante y Boletín donde se publicó la original licitación y adjudicación del contrato, como notificación personal a los licitadores admitidos en su condición de interesados. Publicidad y notificación que deberán recoger las circunstancias que han justificado este modificación, su alcance y el importe del mismo.

A la vista de todo lo hasta aquí expuesto, entendemos que existe un conjunto de factores que deben ser valorados si se pretende llevar a cabo una modificación contractual como la que se formula en el escrito de consulta:

1.- Resulta preciso analizar la eventual concurrencia de razones de interés público que respondan a necesidades nuevas o causas imprevistas, tal y como exige el artículo 101 TRLCAP, debiendo reiterarse aquí que la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aún por falta de diligencia, como recuerda la STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* «*un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación*» (apartados 116-118).

En resumen, como indica el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 76/2015, de 20 de julio, *«la imprevisibilidad que da lugar a la modificación del contrato, o el reconocimiento de circunstancias que no fueren previsibles, requiere la conjunción de los siguientes requisitos:*

- a) Que dichas circunstancias sobrevengan a la fecha de iniciación del contrato, de manera que con anterioridad a dicho momento no pudieran anticiparse.*
- b) Que sean jurídicamente inevitables para el contratista y no obedezcan, o se hayan producido, como consecuencia de imprevisión, negligencia o impericia, en el momento de la redacción del proyecto o en cálculo de los costes del mismo.*

Tampoco se precisa que el hecho imprevisible sea un hecho extraordinario, sino que es suficiente el desconocimiento objetivo de su futura producción».

A este respecto, debe observarse que en el expediente administrativo se justifica la coexistencia de dos sistemas de gestión de las redes de abastecimiento que son objeto de dos soluciones contractuales diferenciadas en función de la titularidad de las instalaciones y redes. Esta circunstancia era plenamente conocida en el momento de adjudicarse la concesión del servicio municipal de abastecimiento domiciliario que ahora se pretende modificar, y así se hizo constar de modo expreso en el expediente administrativo tramitado por el Ayuntamiento de Barbastro.

2.- Debe también considerarse el eventual impacto de la modificación propuesta sobre las reglas de la licitación y de modo especial si las altera o no de modo sustancial. El contrato inicialmente suscrito para la gestión indirecta a través de concesión del servicio de abastecimiento de agua en el casco urbano de Barbastro, se adjudicó por procedimiento negociado al amparo del artículo 159.2 a) TRLCAP, sin que se promoviera concurrencia en la oferta ya que se argumentaba en el expediente que el sistema de abastecimiento del casco urbano estaba formado por instalaciones y redes del propio Ayuntamiento y de la empresa que venía prestando el servicio desde principio del siglo XX, *«complementarias hasta tal punto que ello provoca que el sistema en su*

conjunto no pueda funcionar sin la integración y acoplamiento de las mismas», motivo por el cual se consideraba que la empresa “Aguas Potables de Barbastro, S.A.” era la única capacitada para el ejercicio de esta concesión.

Las restantes redes de abastecimiento (polígono industrial y núcleos urbanos de Cregenzan y Burceat) tienen características totalmente diferenciadas de la anterior, ya que son de entera titularidad municipal, siendo gestionadas de forma directa por el Ayuntamiento, si bien existe un contrato administrativo de servicios para labores de mantenimiento y lectura de contadores.

Pues bien, los argumentos incorporados al expediente al amparo de los cuales el Ayuntamiento estableció un sistema de gestión indirecta por concesión administrativa para el casco urbano, adjudicándose sin concurrencia alguna a una concreta empresa privada, carecen de toda relevancia respecto de la situación en que se encuentra la gestión del servicio de abastecimiento de agua en el resto de zonas (polígono y núcleos urbanos).

En cuanto a la relación de estas últimas con la zona del casco urbano –objeto del contrato-, al tener cada una de ellas, dada su ubicación geográfica, su sistema propio, *«no existe, ni puede existir, interrelación técnica...»*. Así lo constata el escrito del Ayuntamiento de Barbastro en el que se plantea la consulta. Por tanto, estamos ante servicios susceptibles de gestión separada que en nada afectan al objeto propio e intrínseco del contrato.

Desde otro plano, resultaría preciso valorar que la modificación planteada, en caso de llevarse a efecto, no sólo puede resultar innecesaria desde la perspectiva del objeto inicialmente definido en el contrato, sino que, además, podría acabar introduciendo en el mismo elementos que el Pliego expresamente excluyó por poseer unas características sustancialmente distintas (y de modo significado, no existir ninguna circunstancia que justificara la exclusión de la libre concurrencia respecto de ellas).

III. CONCLUSIONES

- I. No obstante el margen que el marco normativo otorga a la Administración para la modificación de un contrato de gestión de servicios públicos bajo el régimen del TRLCAP, es preciso recordar los estrictos límites que acotan las posibilidades de modificación de los contratos públicos, en cuanto que ello puede suponer un obstáculo a los principios de libre competencia y buena fe y la necesidad de interpretar dicho régimen jurídico en coherencia con las Directivas y la jurisprudencia europea.
- II. De acuerdo con el artículo 101 TRLCAP sólo resultaría posible una modificación contractual si se aprecia la concurrencia de razones de interés público que respondan a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificadas en el expediente.
- III. No resulta posible una modificación contractual si ello supone un cambio sustancial de las reglas de la licitación en cuanto implica una alteración sustancial del objeto del contrato, al ampliarse a servicios que habían sido expresamente excluidos del mismo por poseer características notoriamente distintas.
- IV. En todo modificación de cualquier poder adjudicador, al margen de su cuantía, resulta obligado dar publicidad al mismo, tanto en el perfil de contratante como en el Boletín Oficial donde se publicó el contrato. Igualmente debe notificarse a todos los licitadores admitidos, dando el pie de recurso que procede.

Informe 8/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 20 de abril de 2016.