

Informe 3/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad

I. ANTECEDENTES

El Sr. Presidente del Consorcio Agrupación núm. 8 de Residuos Sólidos y Urbanos (Teruel), tras adjudicar el contrato de gestión de servicios públicos, se dirige con fecha 19 de febrero de 2009, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

NICOLÁS ARIZÓN BENITO, Secretario-Interventor interino de la Comarca Comunidad de Teruel, designado por Resolución de la D.G. de Administración Local y Política Territorial de la Diputación General de Aragón de fecha 31 de julio de 2004, y del Consorcio de la Agrupación 8-Teruel, para la Gestión de Residuos, según Orden de 25 de julio de 2007, del Departamento de Política Territorial, Justicia e Interior del Gobierno de Aragón, **CERTIFICO**:

Que según el libro de actas de la Junta del Consorcio, bajo la custodia de esta Secretaría, en fecha 10 de Febrero de 2009, se adoptó, entre otros el siguiente acuerdo, que transcrito literalmente dice:

“Al amparo de lo previsto en el Art. 6 del Decreto 81/2006, de 04 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la Junta de Gobierno del Consorcio de la Agrupación nº 8 – Teruel, adopta el siguiente **ACUERDO**:

Elevar la siguiente solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón.

ANTECEDENTES:

1º.- Con fecha 18 de Diciembre de 2007 se adjudicó el contrato administrativo para la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos del Consorcio de la Agrupación nº 8 de Teruel a la empresa ARAGONESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, S.A. El objeto del contrato abarca los servicios prestados en el ámbito territorial de los municipios de las Comarcas: Cuencas Mineras (en su totalidad), Comunidad de Teruel (excepto el municipio de Teruel, Mancomunidad La Fuente y los municipios de Alobras, Tormón y Veguillas de la Sierra), Maestrazgo y el municipio de Camarena de la Sierra, tal y como se especifica en el Artículo 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, cuya copia se adjunta. El importe de la adjudicación supone un total de 4.116.486,14 €, para la totalidad de los 8 años de duración del mismo.

2º.- Se plantea la posibilidad por entidades integrantes del Consorcio de sumarse al anterior contrato de recogida, en concreto el municipio de Teruel y la Comarca Sierra de Albarracín, de manera que a través de los órganos competentes de las respectivas entidades, se decidiese la prestación del servicio público de recogida a través del Consorcio y fuese esta última entidad la que decidiese la forma de gestión del servicio encomendado, presumiblemente a través de la modificación del contrato vigente. Los costes estimados de la prestación del servicio en este ámbito territorial suponen un incremento del 500 % respecto al contrato actual.

3º.- Respecto a las posibles modificaciones contractuales, y sin perjuicio de las demás normas que la Junta considere relevantes, se ponen de manifiesto las siguientes cláusulas existentes en los pliegos y en el contrato:

- Cláusula decimosexta del Pliego sobre Ampliaciones del Servicio: “1.- A lo largo de la concesión el Consorcio podrá requerir a la empresa adjudicataria, o ésta solicitar del Consorcio, la ampliación de operaciones y servicios a zonas incluidas en el ámbito inicial o en la fecha de adjudicación, la modificación de operaciones en zonas incluidas o prestación de nuevos servicios.

2.- Todas las ampliaciones que se ajusten a los criterios anteriores, y supongan modificaciones del canon anual, se harán en función de los precios unitarios aplicables a cada operación o conjunto de ellas en los diferentes servicios, vigentes en el momento de la aprobación de las mismas.

3.- De producirse ampliaciones o nuevos servicios cuyos precios unitarios no fueran perfectamente determinables a través de las cláusulas de adjudicación, se establecerán los precios contradictorios de común acuerdo entre el Consorcio y la empresa adjudicataria.

4.- Las ampliaciones de operaciones y servicios objeto de la contratación que supongan modificación del canon anual podrán implicar las correspondientes ampliaciones en medios humanos y materiales.

5. - Los medios técnicos, tanto humanos como materiales propuestos por la empresa adjudicataria, podrán destinarse a lo largo de la concesión del servicio, a las variaciones que surjan en el mismo como consecuencia de actuaciones municipales en materia medio ambiental y recogidas selectivas.

La modificación en la ampliación de estos medios no supondrá aumento en el costo del servicio, salvo en el caso de que fueran necesarias ampliaciones de personal o utilización de medios materiales distintos de los ofertados.

- Cláusula Segunda del Contrato suscrito, último párrafo: “La **revisión de precios** del contrato será de conformidad con los artículos 103 y siguientes del TRLCAP y artículos 104 y 106 de su Reglamento, con arreglo a las siguientes normas:

1.- Durante el primer año de duración del contrato el precio permanecerá invariable y no será objeto de revisión, incremento o actualización ninguna.

2.- El precio para el segundo año del contrato y sucesivos, será revisado y, por tanto, aumentado o disminuido, en el mismo porcentaje de variación interanual que experimente el Índice de Precios al Consumo elaborado a nivel nacional por el Instituto Nacional de Estadística.

Fuera de los casos de revisión previstos en la presente cláusula no se realizará revisión alguna de precios, salvo que existan variaciones sustanciales en la

cuantía ó forma de realizar los Servicios, que en todo caso deberán ser aprobados de forma fehaciente por el Consorcio.

Visto lo cual se desea conocer el parecer de ese organismo respecto a las siguientes cuestiones:

Posibilidad de modificar el Contrato Administrativo suscrito ampliando los servicios que deber prestar la empresa adjudicataria a los nuevos ámbitos territoriales indicados, municipios integrantes de la Comarca Sierra de Albarracín y municipio de Teruel, teniendo en cuenta, por un lado que tal forma de proceder pudiera plantear conflictos con los principios que rigen la contratación de las Administraciones Públicas, más en concreto el de publicidad y concurrencia en la adjudicación, pudiendo ser necesaria la previa licitación pública, y por otro la alegación de que la existencia de una única empresa adjudicataria en el ámbito territorial del Consorcio pudiera beneficiar la gestión del servicio público.

En el supuesto de entender posible la modificación del contrato, si la cláusula decimosexta del pliego de condiciones generales sobre ampliación de los servicios, únicamente a municipios incluidos en el ámbito territorial inicial del Contrato supone una limitación al ius variandi de la Administración para ampliar el servicio a los nuevos ámbitos territoriales, o la potestad de modificar el contrato cuando concurren los requisitos legalmente previstos, es irrenunciable para la Administración y por lo tanto tal cláusula administrativa no supone un límite a tal potestad administrativa”.

Y para que conste, a los efectos oportunos, de orden y, con el visto bueno del Sr. Presidente, con la salvedad contenida en el Art. 206 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades locales, se expide la presente en Teruel, a 12 de Febrero de 2009.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 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.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 15 de abril de 2009, 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.

El Sr. Presidente del Consorcio Agrupación núm. 8 de Residuos Sólidos y Urbanos (Teruel) es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 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 RDLeg. 2/2000, de Contratos de las Administraciones Públicas. Circunstancias y límites.

El contrato objeto de análisis se celebró estando vigente el RDLeg. 2/2000, de Contratos de las Administraciones Públicas siendo de aplicación las previsiones de dicha norma legal -artículos 101 y 163- que, no obstante, en virtud del principio de primacía, deberán ser interpretadas conforme a la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de Contratos Públicos, dado que el plazo de transposición -1 de febrero de 2006- había finalizado a la fecha de celebración de este contrato.

Como es bien conocido, tras la adjudicación comienza la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado. La normativa española sólo permite modificados en los contratos cuando existen razones de interés público y se trate de necesidades nuevas imprevistas. Regulación que 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 (*Succhi di frutta*) en la que se establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato. Y es que, con arreglo al artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución. Así pues, los poderes adjudicadores deben atenerse a los principios

de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en la ejecución de un contrato público.

Para que este modificado se atenga a la legalidad comunitaria sería preciso, amén de imprevisible y justificado en razones de interés público, que se cumpliera 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 al que se pretende (incrementa en un 500 por cien), aun en el supuesto de que pueda 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.

2) que la posibilidad de aportar una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación. 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. Dato que, como se constata de la documentación presentada, tampoco concurre en el supuesto que se ahora se informa.

Abundando en esta idea, en cuanto a los supuestos que estamos en presencia de una nueva adjudicación, debe destacarse la reciente STJCE de 19 de junio de 2008 (*Presstext Nachrichtenagentur GmbH*) que ha declarado que esto no sucede cuando:

1) El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones,

mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

2) El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

3) El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular.

Sí que existirá sin embargo una nueva adjudicación, cuando las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos 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 (véase, en este sentido, STJCE de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, apartados 44 y 46).

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 (esta interpretación

quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.) 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.

Resulta evidente que, amén de no quedar justificadas las causas que permiten, en su caso un modificado -no se acredita la causa imprevista ni los motivos de interés público en este modificado- , el objeto sobre el que se emite este Informe debe ser considerado como propio para una nueva e independiente licitación por alterarse el equilibrio económico de la prestación inicial dado que se propone un modificado equivalente a un 500 por ciento del valor de la prestación inicial. Además, en modo alguno puede considerarse como causa justificativa la existencia de un único licitador para la prestación de la actividad por afectarse desproporcionadamente al principio de libre competencia. Asimismo, como recuerda la referida STJCE 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).

En conclusión, el objeto de modificación que se propone, además de no acreditarse los presupuestos habilitantes, afecta a una condición esencial para la adjudicación del contrato y equivale a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación, recordando que el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE, permite la utilización de un procedimiento negociado sin publicación previa para adjudicar un contrato

público si se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado -deben ser objeto de una interpretación estricta y que la obligación de probar que existen las circunstancias excepcionales que justifican su uso incumbe a quien pretenda ampararse en la excepción- lo que permitiría previa negociación al menos con tres licitadores, no publicar una nueva convocatoria.

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 supuesto concreto, en cuanto implica un incremento del 500 por cien del importe sobre el objeto inicial de la licitación adjudicada debe ser considerado un nuevo contrato por alterarse el equilibrio económico de la prestación inicial y afectar por ende a su contenido esencial. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato.

Informe 3/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón adoptado en su sesión de 15 de abril de 2009.