

Informe 1/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Modificación de un contrato vigente de gestión de servicios por introducción de soluciones tecnológicas diferentes que permitan ampliar sustancialmente el objeto contractual inicial.

I. ANTECEDENTES

La Directora Gerente del Servicio Aragonés de Salud se dirige, con fecha 29 de octubre de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Desde la Gerencia del Sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud se está preparando la modificación y prórroga, de mutuo acuerdo, del contrato que tiene por objeto la “Gestión del Servicio de Telefonía y Televisión en las habitaciones de pacientes del Hospital Miguel Servet de Zaragoza” (expediente 34 HMS/98), formalizado el 14 de julio de 1998 y que comenzó su vigencia el 1 de junio de 1999, con una duración máxima de 11 años (hasta 1 de junio de 2010) y que podía ser objeto de prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de su finalización del contrato, sin que la duración total, incluidas las prórrogas, pudiera exceder de 75 años.

Dicho contrato fue modificado y prorrogado en el 2005, dado que se precisaba actualizar la red del Hospital, mediante la digitalización de la transmisión de imágenes, lo que conllevó una inversión adicional de 296.521,15 € y la necesidad de ampliar el plazo inicial de ejecución del contrato en 7 años más (hasta 1 de junio de 2017).

La modificación y prórroga que plantea el Sector II está motivada por los profundos cambios que se han producido en el entorno sanitario como consecuencia del espectacular y rápido avance de las tecnologías de la información y comunicación, que ha afectado tanto a la organización y prestación de los servicios sanitarios como a las expectativas de los pacientes en el ámbito de la atención recibida, la información sanitaria y las posibilidades de ocio. Este cambio del escenario ha provocado, entre otras cosas, la

necesidad imperiosa de dotar a los profesionales clínicos de herramientas de información, que faciliten su trabajo “con y junto” al enfermo hospitalizado, y la vez ofrezcan una mejora del confort de los pacientes y familiares.

Desde la Gerencia del Sector II se entiende que en el contexto de crisis actual, parece imposible abordar la inversión económica que supondría (2.076.750,00 €) directamente para su sector, teniendo en cuenta la presión que debe soportar, debido la continua evolución tecnológica en la medicina, especialmente técnicas diagnósticas y terapéuticas, que requieren de todos los esfuerzos de financiación.

Por ello, dada la necesidad de prestar los servicios sanitarios con la máxima calidad y seguridad para los pacientes, la falta de disponibilidad financiera y que el contrato citado no finaliza hasta el 1 de junio de 2017, el Sector II entiende que resulta imprescindible realizar una modificación y prórroga del contrato de servicio que permita hacer la inversión que en este momento se requiere.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se plantean ante esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa las cuestiones siguientes:

1ª. Si la citada modificación del contrato estaría regulada, teniendo en cuenta el momento de su formalización, por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y el Reglamento General de la LCAP, aprobado Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

2ª. Si fuese así, si la modificación planteada cumpliría con los artículos 102 y 164 de la LCAP, en el sentido de que “existen necesidades nuevas o causas imprevistas” y si se respeta con la prórroga y las nuevas tarifas el equilibrio financiero del contrato.

3ª. Si la modificación y la prórroga del contrato estarían en línea con las recomendaciones de algunas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (p.ej. Informe 48/95, de 21 de diciembre de 1995 de la JCCA de la Junta de Castilla y León, sobre “Posibilidad de modificar un contrato vigente por mutuo acuerdo entre las partes”), que consideran que resulta posible, en los contratos administrativos de la Administración, la modificación bilateral o por mutuo consenso basada en el principio de libertad de pactos, siempre que se ajuste a los límites resultantes de los criterios y bases que motivaron la adjudicación, en evitación de posibles perjuicios al resto de licitadores».

El escrito se acompaña de la siguiente documentación: informe justificativo de la Dirección de Gestión y SS.GG. del Sector II, copia del contrato, del extracto de los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, y del acuerdo de modificación del contrato.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 22 de enero de 2014, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

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

En primer lugar es necesario indicar, 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, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea la Directora Gerente del Servicio Aragonés de Salud, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del régimen jurídico aplicable a una modificación de un contrato celebrado conforme a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), y si resulta posible modificar un contrato de gestión de servicio

público mediante la introducción de soluciones tecnológicas diferentes, que permitan ampliar sustancialmente el objeto contractual inicial.

La Directora Gerente del Servicio Aragonés de Salud, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 d) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Régimen jurídico de los modificados aplicable a los contratos adjudicados conforme a la LCAP.

El contrato objeto de análisis se celebró el 14 de julio de 1998, fecha en la que estaba vigente la LCAP, siendo de aplicación las previsiones de dicha norma legal, artículos 102 y 164, dado que, según la disposición transitoria primera, punto 2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP): *«Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior»*, si bien, en virtud del principio de primacía, debe ser interpretada a la luz de las Directivas comunitarias.

Como cuestión previa, indicar que el contrato de referencia se calificó, de conformidad con las previsiones de la LCAP, como un contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión administrativa (cláusula 2.1 PCAP). Esta calificación no sería acorde con el marco legal vigente, ya que este tipo de prestaciones se enmarcan dentro de un contrato administrativo de servicios, al amparo de la amplitud de los términos de la definición del contrato de servicios que establece el artículo 10 TRLCSP, tal y como ha analizado esta Junta en su Informe 19/2011, de 6 de julio, relativo, precisamente, a la calificación jurídica de un contrato administrativo para la instalación de televisiones en las habitaciones de centros hospitalarios.

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.

III. Condiciones contractuales que tienen carácter esencial a efectos del régimen de modificados.

El régimen jurídico de la modificación de los contratos no está regulado ni en la aun vigente Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, ni tampoco en las anteriores Directivas 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992; 92/36/CEE, de 14 de junio de 1993; y 93/37/CEE de 14 de junio de 1993, dado que estas coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos del sector público, mientras que la modificación de los contratos se produce en una fase posterior de ejecución de los mismos. Por ello, en el Derecho de la Unión Europea, el régimen jurídico de éstos resulta, hasta la fecha, de la construcción que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fundamento en los denominados principios estructurales del Tratado (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios y los derivados de estas libertades, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia).

Estos principios deben observarse en todas las fases de la contratación e inspirar todos los actos que se dicten tanto en el procedimiento de adjudicación como en la ejecución.

Entre los pronunciamientos judiciales que han configurado el régimen jurídico de las modificaciones contractuales cabe citar la Sentencia TJUE Succhi di Frutta de 29 de abril de 2004 As C-496/99, la cual señala que:

«En efecto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.

Por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente.

En efecto, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados.

Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas».

En el supuesto de que no se hubiera previsto la posibilidad de modificación del contrato en la documentación de la licitación, y aún así se pretenda modificar el contrato, resulta imprescindible que ésta no afecte a ninguna condición esencial del contrato, de manera que de no ser así, lo procedente es resolver el contrato y convocar para ello el correspondiente procedimiento de licitación. Así lo ha señalado, entre otras, la Sentencia de 19 de junio de 2008, Asunto

C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GMBH contra Republik Österreich (Bund) y otros, al establecer:

«Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, 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 última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, 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.

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».

Por tanto, para que la modificación pretendida por el órgano de contratación se atenga a la legalidad comunitaria es precisa la conjunción de una serie de requisitos, como son la imprevisibilidad, las razones de interés público, (recogidas ambas en el artículo 102 LCAP), y que se cumpliera alguna de las dos condiciones siguientes:

1. 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.
2. O, en caso contrario, que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/sustancial de la licitación.

Por lo que se refiere al supuesto concreto planteado en la consulta, de la documentación aportada se constata que ésta no prevé ningún tipo de modificación posible.

La expresión «*condición esencial o sustancial*», es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, y no se puede definir de forma general para toda clase de contratos, ni para una determinada categoría de éstos, sino que habrá que atender a cada caso concreto, pues incluso en contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no, dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato, tal y como ya ha puesto de relieve esta Junta en su Informe 4/2012.

Así, la modificación que se plantea supone introducir una solución tecnológica distinta totalmente a la inicialmente contratada (gestión del servicio de telefonía y televisión en las habitaciones de los pacientes del Hospital) que poco tiene que ver con el objeto contractual inicial, ya que se pretende la implantación de lo que denominan «*terminales a pie de cama*» que permiten, utilizando la red digital dispuesta con motivo del contrato actual, no solo el visionado de la televisión y la realización de llamadas telefónicas por los pacientes, sino la puesta a disposición de los profesionales sanitarios del acceso a la historia clínica electrónica, con el fin de mejorar la asistencia sanitaria a prestar. Es decir, amplía el contrato a servicios inicialmente no previstos y sustancialmente diferentes a los originales, además de ampliar el destinatario de la prestación a uno distinto del originario (los profesionales sanitarios).

Además, el contrato originario y su modificación autorizada suponían unas inversiones a realizar de 1 324 271,85 euros y la pretendida ampliación del objeto del contrato prevé unas inversiones nuevas de 2 076 750 euros, superiores al 156,8 por cien.

A mayor abundamiento, y siguiendo la pauta antes señalada de que la nueva regulación de los modificados recogida en la LES debe de servir de parámetro interpretativo del régimen anterior, cabe entender que nos encontraríamos ante una modificación de una condición esencial ya que varía sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada (artículo 107.3.a) TRLCSP). Por todo ello no es posible la modificación pretendida, por afectar de manera evidente a una condición esencial del contrato.

Ante lo cual, lo procedente sería o bien continuar con la prestación contratada inicialmente hasta la finalización del contrato (1 de junio de 2017), o iniciar el procedimiento de resolución del contrato y acordar la misma con una fecha de efectividad que permita licitar y adjudicar un nuevo contrato ajustado a las nuevas necesidades, teniendo en cuenta la actual tipificación de este tipo de prestaciones y valorando, en su caso, la posibilidad de ampliar el plazo de ejecución del contrato de servicios ex artículo 303.1 TRLCSP, con el fin de permitir una adecuada financiación de las inversiones a acometer.

III. CONCLUSIONES

I. El régimen jurídico aplicable a los modificados de los contratos debe de ser el vigente en el momento de celebración del contrato, pero interpretado en coherencia con las Directivas y la jurisprudencia comunitaria.

II. Las modificaciones de un contrato no previstas, que introduzcan soluciones tecnológicas que amplíen las prestaciones de manera sustancialmente diferente a las originarias, vulneran las exigencias del derecho comunitario, y suponen un nuevo contrato que obliga a su licitación y adjudicación mediante un procedimiento en concurrencia competitiva.

Informe 1/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 22 de enero de 2014.