

Informe 3/2020, de 25 de junio de 2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: cuantía máxima de modificaciones contractuales en contratos de servicios de tracto sucesivo prorrogados; la contratación de servicios de prestaciones periódicas en función de las necesidades.

I. ANTECEDENTES

La Presidenta de la Comarca de Valdejalón se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 21 de abril de 2020, del siguiente tenor literal:

“ANTECEDENTES

Con fecha veintitrés de septiembre de dos mil dieciséis, la Comarca de Valdejalón, adjudicó a la empresa URBASER S.A. la prestación del servicio de recogida y transporte a vertedero y/o gestor autorizado de determinados residuos domésticos, comerciales y demás asimilables producidos en los municipios de la Comarca de Valdejalón, por importe total de dos millones seiscientos setenta y tres mil ochocientos cuarenta y dos mil euros con ochenta y ocho céntimos (2.673.842,88 €) y doscientos sesenta y siete mil trescientos ochenta y cuatro(267.384,29€) de impuestos.

Previamente dentro de los actos preparatorios del contrato, los diecisiete municipios que integran la Comarca de Valdejalón, realizaron delegación de competencia a favor de esta Comarca para la prestación del servicio de recogida y transporte de residuos. (Anuncio publicado en B.O.P.Z de 18 de abril de 2015).

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación, preveía un plazo de ejecución del contrato de cuatro años ampliable en dos años más (1+1). Actualmente nos encontramos en el cuarto año de ejecución, finalizando el 16 de octubre de 2020. No obstante, tanto por parte de la empresa adjudicataria como por parte de la Comarca, es necesario resolver las discrepancias que a continuación se relatan para poder articular la prórroga del contrato.

En los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de contrato, se establece la posibilidad de modificación del contrato, y en lo que nos afecta, el siguiente supuesto:

“1-Ampliación/reducción del servicio: frecuencias; número de contenedores; modificaciones de ruta necesarias tanto por la apertura de nuevos viales, ampliación de polígonos industriales, nuevos puntos de recogida, modificación de su ubicación; conveniencia de su adaptación para la debida prestación del servicio, incremento frecuencia punto móvil y recogida voluminosos.

Será obligatorio para el contratista adecuar la prestación del servicio a la modificación requerida cambiando, en su caso, el recorrido pactado durante el periodo de vigencia del contrato.

El porcentaje máximo del precio del contrato al que pueda afectar esta modificación se establece en el 10% del importe de adjudicación del contrato.”

“Siendo la suma máxima de todas las modificaciones posibles en los diferentes supuestos que los pliegos permiten, de un 20% del precio de adjudicación.”

Con fechas 10 de mayo 2018 y 22 de mayo 2019, previa solicitud de varios Ayuntamientos afectados, se procedió a la aprobación de sendas modificaciones por incremento de contenedores.

A lo largo de la ejecución del contrato, se ha revisado por parte del responsable del contrato de la correcta ejecución del contrato, así como del mantenimiento del equilibrio económico, tal y como prevén los Pliegos.

En fecha 10 de diciembre de 2019 se traslada por parte de la empresa adjudicataria del contrato, solicitud de modificación de contrato, alegando que durante el año 2019 se han instalado nuevos contenedores y cifrando el importe de la modificación a tramitar en importe de 75.198,76 €/año.

Atendido que cualquier modificación contractual requiere tramitación de expediente al efecto en los mismos términos que los ya realizados en los años 2018 (modificación iniciada a instancia de los municipios de Épila, La Muela, Ricla y La Almunia) y 2019 (modificación iniciada a instancia del municipio de Almonacid de la Sierra), el Consejo Comarcal de 28 de enero de 2020, acordó requerir a la empresa Urbaser para que designase a una persona encargada con el fin de determinar el número de contenedores de fracción resto de cada uno de los municipios junto con un representante municipal. Se indicaba

igualmente en dicho acuerdo, tanto a los Ayuntamientos respectivos, como a la empresa contratista, la necesidad de retirar de inmediato los contenedores de exceso e implantar exclusivamente aquellos que se establecían en los pliegos de prescripciones técnicas junto con las ampliaciones tramitadas en 2018 y 2019 y autorizadas por el Consejo.

Tras el recuento efectuado por la empresa, el 18 de febrero de 2020, la empresa contratista aporta nuevo recuento de contenedores y nueva solicitud económica adaptada, pasando de reclamar a la Comarca 75.198,76 € / Año (solicitud diciembre) a 58.993,48 € / Año (solicitud febrero).

Nuevamente, ante discrepancias entre los contenedores que dice Urbaser que existen y los que señalan los municipios, se solicita nueva información a los Ayuntamientos. Cuestión ésta que está pendiente de resolver a la fecha de la solicitud del informe.

CUESTIONES PLANTEADAS

Ante los antecedentes expuestos, la Comarca de Valdejalón está trabajando en el expediente de modificación del contrato amparado en la necesidad de ampliación del número de contenedores de fracción resto. No obstante, dentro de la tramitación de dicho expediente nos surgen diversas dudas derivadas de la propia interpretación de la Ley que son objeto de la consulta:

1.- Los PCA establecen la posibilidad de modificación del contrato de un 10% del precio de adjudicación para el caso de ampliación/ reducción de contenedores.

La duda que nos surge es si para aplicar el 10% de la modificación contractual, ¿hemos de aplicarlo simplemente sobre el precio inicial del contrato (cuatro años y un importe 2.673.842,88 € IVA excluido) o en su caso, hay que contemplarlo también sobre el importe de las posibles prórrogas (2 años adicionales (1+1))?

2.- Respecto de la cuantía que la empresa Urbaser reclama a la Comarca en diciembre de 2019 y cuyo importe fue modificado por la empresa en febrero del 2020 ante discrepancia con ayuntamientos por el número de contenedores instalados cuestión que sigue siendo objeto de controversia, aun sin acuerdo claro, la Comarca plantea varios escenarios:

a) Que el Consejo Comarcal acuerde desestimar la pretensión de la Contratista en tanto que para incremento/disminución de contenedores de facto no se ha tramitado modificación contractual en legal forma ni tampoco media orden alguna en tal sentido por

esta Comarca por tanto, que la contratista reclame los créditos a aquellos Ayuntamientos que unilateralmente pudieran haber decidido ampliar el servicio sin previa autorización ni comunicación a la Comarca de Valdejalón. En este caso, ¿el importe que abonaran los municipios directamente al contratista computarían también dentro del precio del contrato a efectos de la aplicación del 10% de modificación?

b) Que el Consejo Comarcal decida amparar parte de la pretensión de la contratista en base a la teoría del enriquecimiento injusto de la Administración mediante un reconocimiento extrajudicial de créditos. En estos casos, ¿el importe del reconocimiento extrajudicial de créditos computaría también dentro del precio del contrato a efectos de la aplicación del 10% de modificación?”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 25 de junio de 2020, 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.

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. Es, pues, un informe de carácter facultativo y general, pues a esta Junta Consultiva no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que se plantea, para que esta Junta se pronuncie acerca de las dos cuestiones genéricas que se deducen de la solicitud de informe: la cuantía máxima de una posible modificación contractual en contratos de servicios de tracto sucesivo

cuando son objeto de prórroga, y la tramitación de la misma en el ámbito de la contratación de servicios de prestaciones periódicas en función de las necesidades. Por otro lado, la Presidenta de la Comarca de Valdejalón es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 letra g) del citado Decreto 81/2006.

II. Cuantía máxima de las modificaciones contractuales en contratos de servicios de tracto sucesivo prorrogados en el TRLCSP

La Disposición Transitoria Primera 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, determina: Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

Por si hubiese alguna duda, el apartado segundo de esta Disposición añade taxativamente: “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 modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Así pues, habrá que atender al Título V del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público, *“Modificación de los contratos”*, en particular, según el artículo 105.1. TRLCSP *“los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107”*.

Como ya señalamos en el Informe 4/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de calificación del contrato de recogida de residuos domésticos objeto de la solicitud de informe, *“Son numerosos los informes que sobre el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos públicos ha emitido esta Junta Consultiva y en todos ellos ha venido recordando, de manera constante, que el actual régimen debe ser interpretado desde la lógica del derecho comunitario, por todos, el (reciente) Informe 1/2014, de 22 de enero.*

Desde esta lógica, y a la vista de la regulación contenida en el artículo 106 TRLCSP, podría preverse como causa de modificación del contrato la señalada de «Incremento/disminución de frecuencias y número de contenedores», a la vista de la concurrencia de circunstancias verificables de forma objetiva previstas en el Pliego, con indicación del porcentaje del precio al que como máximo podrán afectar y al procedimiento a seguir para la modificación”.

El problema de interpretación surge cuando, habiendo sido adjudicado un contrato de servicios (de aquellos calificados como de tracto sucesivo), se autoriza una prórroga por plazo inferior al inicialmente previsto, y los pliegos establecen la posibilidad de modificación del contrato hasta un máximo del 10% del precio de adjudicación, (para el caso de ampliación/ reducción de contenedores), si este porcentaje máximo del 10% de la posible modificación contractual se aplica sólo sobre el precio inicial o primitivo del contrato, o en su caso, hay que contemplarlo también sobre el importe de las posibles prórrogas.

En este sentido, resulta muy ilustrativo el Informe 04/2012, de 25 de mayo, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia, sobre la expresión *“precio*

de adjudicación del contrato" referida en el artículo 107.3.d) del (entonces) vigente TRLCSP para proceder al cálculo del porcentaje de la variación que pueda suponer la modificación de un contrato de servicio de tracto sucesivo, en el caso de que la modificación se produzca estando prorrogado el contrato por un período inferior al inicialmente fijado. En concreto la duda interpretativa que se plantea es la de si el porcentaje de variación ha de calcularse sobre el importe del contrato inicial o también sobre el importe de su prórroga:

“Esta Junta entiende que en estos casos el cálculo de porcentaje de modificación del contrato debe de efectuarse respecto al precio primitivo del mismo fijado para su duración inicial, esto sobre el precio de su adjudicación (excluyendo las modificaciones y revisiones autorizadas) porque el contrato prorrogado no es un nuevo contrato, sino el propio contrato originario que sigue produciendo sus efectos durante el período de la prórroga, como así lo ha declarado la Junta Consultiva de contratación administrativa del Estado en su informe de 21 de diciembre de 2000 (expediente 30/00) y de mantener la otra postura llevaría a ignorar las anteriores modificaciones y alteraciones que pudieron preceder durante su duración inicial, las cuales sí que deben formar parte del precio correspondiente a la prórroga con el fin de pueda seguir produciendo sus efectos el contrato en las mismas condiciones durante el periodo que se prorroga, conceptos que deben de estar excluidos de la expresión “precio primitivo del contrato”, tal como quedado reflejado en la Consideración anterior de este Informe”.

Además, si el cálculo de alteración del porcentaje de modificación no se hiciera sobre el precio de adjudicación inicial u originario del contrato, no podrían acumularse las anteriores alteraciones (calculadas sobre el precio original o de adjudicación) con las producidas en el periodo de prórroga (calculadas sobre el precio de la prórroga) al no ser magnitudes homogéneas, acumulación que debe de llevarse a cabo para conocer la verdadera magnitud de alteración de la modificación de un contrato de acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente.

Así, respecto a las modificaciones que requieren dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas, el artículo 211.3 b)

del TRLCSP literalmente dispone que serán preceptivas en aquellas “Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea superior a 6.000.000 de euros.”

Y por su parte el artículo 107.2 d) al regular las modificaciones no previstas en la documentación que rige la contratación, recoge como uno de los supuestos que alteran las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación de un contrato “Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar ese límite.”

Por ello, parece oportuno concluir a la primera duda interpretativa que, en la modificación de un contrato de servicios de tracto sucesivo, cuando pueda ser objeto de prórroga por un plazo inferior al de su duración inicial, pueda plantearse el cálculo de porcentaje de la alteración ha de llevarse a cabo sobre el precio de adjudicación del contrato inicial o primitivo y no sobre el prorrogado.

III. La contratación de servicios de prestaciones periódicas en función de las necesidades.

Entrando a considerar la segunda duda planteada, relativa a la contratación de servicios de prestaciones periódicas en función de las necesidades, la competencia para la modificación del contrato corresponde al órgano de contratación. Dicha condición corresponde, previa delegación de competencias, al ente delegatario, ex. Artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (y en el mismo sentido se pronuncia el Artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre), exigiendo la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo por el órgano competente previsto en el artículo 108 TRLCSP, que determina que, en el caso previsto en el artículo 106, las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.

Sin la previa tramitación de este procedimiento legal de modificación contractual por el órgano competente, no podrá atenderse ninguna reclamación de la contratista por posibles variaciones “de facto” en prestaciones esenciales durante la fase de ejecución del contrato.

IV. CONCLUSIONES

- I. En la modificación de un contrato de servicios de tracto sucesivo que pueda plantearse cuando se encuentra prorrogado por un plazo inferior al de su duración inicial, el cálculo de porcentaje de la alteración ha de llevarse a cabo sobre el precio de adjudicación del contrato inicial o primitivo y no sobre el prorrogado.
- II. En los contratos de servicios, la posibilidad de modificar el contrato para atender a un mayor número de prestaciones cuando las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, requerirá la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo por órgano competente.

Informe 3/2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 25 de junio de 2020.