

Informe 4/2012, do 1 de marzo de 2012, de consulta sobre a posibilidade de proceder á modificación dun contrato de xestión de servizo público, mantendo o prezo inicial e aumentando o prazo de execución inicialmente previsto.

ANTECEDENTES

Polo Alcalde do Concello de Boqueixón dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

O pleno da corporación, en sesión celebrada, acordou aprobar a xestión do servizo de saneamento e iniciar a contratación, así como aprobar os correspondentes pregos, dos cales achego copia.

No Boletín Oficial da provincia do 13 de marzo 2010 e no Diario Oficial de Galicia do 5 de marzo de 2010, saíu publicado o anuncio de contratación.

En dito concurso só se presentou una empresa, XXX. Aínda que sí se presentou unha alegación da empresa YYYYY con data 18/03/2010.

O pleno da corporación en sesión celebrada o 13 de maio de 2010, adjudicou definitivamente o contrato á citada empresa XXXX e con data de 23 de xuño de 2010 asinou o contrato coa adjudicataria por un período de 10 anos prorrogables.

Con data de 7 de novembro de 2011 recíbese no Concello un escrito da concesionaria relativo á ampliación do contrato de saneamento ata os 25 anos (...).

A entrada en vigor da Lei 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostible produce notables cambios na contratación do sector público, concretamente no que se refire á modificación dos contratos, polo que a Secretaría Interventora do Concello pide que se solicite un informe a esa Xunta Consultiva de Contratación. Polo que,

SOLICITO, á Secretaría da Xunta Consultiva de contratación de Galicia informe relativo á ampliación do contrato de saneamento coa empresa XXXX, ata o prazo máximo de 25 anos.

Xunto con este escrito achego copia do expediente tramitado para a contratación.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir, con carácter facultativo, informe sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1, entre as que se atopan as entidades locais de Galicia.

2.- O concello de Boqueixón remite copia de todo o expediente. Sobre este aspecto cabe indicar que non é competencia desta Xunta Consultiva emitir informes a propósito de cuestións específicas e concretas dunha relación contractual, cuestións que deben seren atendidas polo órgano que teña atribuída a función de asesoramento xurídico da Corporación segundo o punto 8 da Disposición Adicional 2ª da Lei de Contratos do Sector Público (na mesma Disposición no Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector público aprobada polo RDL 3/2011, en adiante TRLCSP).

Non obstante, este órgano, considera oportuno realizar un pronunciamento sobre a procedencia ou improcedencia de modificar un contrato, mantendo o prezo inicial e aumentando o tempo de execución inicialmente previsto.

3.- Réxime Xurídico aplicable.

Sendo o contrato no que se basea a consulta adxudicado o día 13 de maio de 2010 o seu réxime xurídico é o da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do sector público (LCSP) na redacción vixente nese data toda vez que, sobre o réxime transitorio da reforma efectuada posteriormente pola Lei 2/2011, de 4 de xaneiro, de Economía sostible (LES), a súa Disposición Transitoria sétima establece que:

“Os contratos administrativos regulados pola Lei 30/2007, (...), de Contratos do Sector Público que teñan sido adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da presente lei, rexeranse en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa duración e réxime de prorrogas, pola normativa anterior”.

4.- Sobre as modificacións de contratos asinados con anterioridade a LES e tramitados con posterioridade ao cambio normativo que produce.

Parte a consulta dunha premisa que se reitera en numerosas ocasións nos contratos de xestión de servizos públicos cal é a necesidade de acometer obras de ampliación, neste caso, no servizo de saneamento obxecto do contrato inicial a cambio, como compensación polas inversións previstas, dun aumento do prazo do contrato.

Aínda que a disposición transitoria anteriormente transcrita non fai referencia expresa ao réxime que debe rexer nas modificacións dos contratos xa asinados na data da entrada en vigor da LES, ao atoparse reguladas as modificacións dos contratos no Libro IV da LCSP titulado “Efectos, cumprimento e extinción dos contratos administrativos” cabe entender que estas quedan comprendidas no ámbito desa disposición transitoria e polo tanto rexeranse, como se indicou, pola normativa vixente no momento da súa adxudicación. Neste senso se pronuncia a Circular 1/2011 da Avogacía Xeral do Estado ao tratar o réxime de modificación dos contratos do sector público.

Non obstante, e aínda que se correspondan cun contrato asinado con anterioridade á LES, deberase ter en conta na tramitación dun modificado posterior á súa entrada en vigor, que o motivo da reforma da LES foi solventar un grave desaxuste entre a normativa española e a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, precisamente en materia de modificación de contratos, o que, no seu día provocou unha Carta de emprazamento (8/5/2006) e posterior ditame motivado (2/12/2008) esixindo a súa reparación.

Basicamente os principios construídos na materia polo alto tribunal comunitario son os seguintes (por todas a sentenza recaída no Asunto C-496/99 P Succhi di Frutta SpA):

- a) A modificación do contrato esixe que estea **prevista** de xeito claro, preciso e inequívoco **nos pregos ou nos anuncios**;
- b) De non estar prevista, **non pode afectar a ningunha condición esencial do contrato**.
- c) De ser necesaria unha **modificación esencial** non prevista nos pregos ou anuncios o procedente é resolver o contrato e convocar un novo procedemento de licitación.

A redacción do artigo 202 da LCSP trala entrada en vigor da LES establece, á hora de exercer a potestade administrativa de realizar modificacións contractuais, uns límites formais e materiais que, neste último caso, aparecen desenvolvidos con carácter xeral para todos os contratos no título V do Libro I e con carácter específico para os contratos de xestión de servizos públicos no artigo 258 da LCSP. Da nova regulación se deriva que o órgano de contratación non pode realizar modificacións que alteren as condicións esenciais do contrato, sen que teñan sido previstas nos pregos ou no anuncio.

Non basta con que se recorde no prego que unha das potestades da Administración contratante á de modificar os contratos senón que deben preverse no anuncio de licitación as modalidades de aplicación e as condicións nas que debe desenvolverse tal modificación, de xeito que todas as empresas interesadas na licitación teñan coñecemento desde o principio e se poidan encontrar en condicións de igualdade no momento de formular a súa oferta conforme a unhas expectativas precisas.

Respecto ao concepto xurídico indeterminado “condicións esenciais do contrato”, inicialmente veu sendo concretado pola xurisprudencia comunitaria en sentenzas como a citada *Succhi di Frutta*, e pola Comisión Europea na súa Comunicación interpretativa de 5 de febreiro de 2008, no sentido de entender como esenciais aquelas estipulacións que de terse coñecido ao tempo da licitación, houberen promovido o concurso doutros licitadores ou que os que concorreron houberan formulado ofertas distintas.

Actualmente, integrada xa esa interpretación na reforma da LCSP a través da LES, a norma sinala, no parágrafo 3 do novo artigo 92 quater, os casos en que se entenden alteradas as condicións esenciais do contrato:

- a) *Cando a modificación varíe substancialmente a función e características esenciais da prestación inicialmente contratada.*
- b) *Cando a modificación altere a relación entre a prestación contratada e o prezo, tal e como esa relación quedou definida polas condicións da adxudicación.*
- c) *Cando para a realización da prestación modificada fose necesaria unha habilitación profesional diferente da esixida para o contrato inicial ou unhas condicións de solvencia substancialmente distintas.*
- d) *Cando as modificacións do contrato igualem ou excedan, en mais ou en menos, o 10% do prezo de adxudicación do contrato; no caso de modificacións sucesivas, o conxunto delas non poderá superar ese límite.*
- e) *en calquera outros casos nos que poda presumirse que, de ter sido coñecida previamente a modificación, houberen concorrido ao procedemento de adxudicación outros interesados, ou que os licitadores que tomaron parte no mesmo houberan presentado ofertas substancialmente diferentes ás formuladas.*

Pola contra, coa normativa actual se a posibilidade e as condicións en que se pode realizar as modificacións dos contratos non aparecen reflectidas nos pregos, unha ha vez perfeccionado o contrato só se poderán introducir modificacións nos supostos relacionados no Parágrafo 1 do artigo 92 quater:

- a) *Inadecuación da prestación contratada para satisfacer as necesidades que pretenden cubrirse mediante o contrato debido a erros ou omisións padecidos na redacción do proxecto ou das especificacións técnicas.*
- b) *Inadecuación do proxecto ou das especificacións da prestación por causas obxectivas que determinen a súa falta de idoneidade, consistentes en circunstancias de tipo xeolóxico, hídrico, arqueolóxico, medioambiental ou similares, postas de manifesto con posterioridade á adxudicación do contrato e que non fosen previsibles con anterioridade aplicando toda a dilixencia requirida de acordo cunha boa práctica profesional na elaboración do proxecto ou na redacción das especificacións técnicas.*
- c) *Forza maior ou caso fortuíto que fixesen imposible a realización da prestación nos termos inicialmente definidos.*
- d) *Conveniencia de incorporar á prestación avances técnicos que a melloren notoriamente, sempre que o seu dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, produciuse con posterioridade á adxudicación do contrato.*

- e) *e. Necesidade de axustar a prestación a especificacións técnicas, medioambientais, urbanísticas, de seguridade ou de accesibilidade aprobadas con posterioridade á adxudicación do contrato.*

No que respecta aos contratos de xestión de servizos públicos o art. 258, no seu punto 1, reenvíanos á regulación antedita ao indicar que *“A Administración poderá modificar por razón de interese público e se concorren as circunstancias previstas no título V do Libro I, as características do servizo contratado e as tarifas que han de ser aboadas polos usuarios”*.

Descoñecendo o contido dos pregos e, consecuentemente, das condicións que rexen o contrato obxecto da consulta, só cabe rematar sinalando o carácter sumamente restritivo con que a vixente lexislación contempla as modificacións de contratos xa adxudicados, de xeito que, de non estar previstas tales modificacións na documentación previa á adxudicación aportada aos licitadores e de non concorrer as circunstancias do apartado 1 do artigo 92 quater, procede resolver o contrato actual e iniciar unha nova licitación acorde á realidade actual do servizo obxecto de explotación.

5.- Duración dun contrato de xestión de servizos públicos: prazo inicial e prórrogas

A duración dos contratos é un elemento estrutural, pois forma parte do seu contido mínimo, segundo o art. 26 da LCSP e debe indicar a duración inicial (ou as datas estimadas para o comezo da súa execución e para a súa finalización) e a da prórroga ou prórrogas, si estivesen previstas. Esta duración debe establecerse tendo en conta a natureza das prestacións, as características da súa financiación e a necesidade de someter periodicamente a concorrència a realización das prestacións para salvagardar o principio de libre concorrència.

A este respecto a Comisión Europea esixe que a duración dos contratos de servizo público non restrinxan nin limiten a competencia máis alá do necesario para garantir a amortización dos investimentos e unha remuneración razoable do capital investido, sempre dentro do principio de risco e ventura inherente á explotación destes servizos.

No mesmo senso debemos ter en conta a recomendación da Comisión Nacional da Competencia (CNC) recollida na *Guía sobre contratación pública* que entende que a determinación da duración idónea dun contrato resulta crucial para garantir un nivel de competencia adecuado ás licitacións públicas. O establecemento de prazos excesivamente longos, aínda que se atopen dentro dos límites legais, crea barreiras de entrada para novos operadores e os prazos de tempo curtos poden dificultar a amortización dos investimentos necesarios para realizar a prestación obxecto do contrato o que pode disuadir de presentar ofertas e conferir vantaxes para os operadores xa instalados que non precisen realizar investimentos.

Para evitar ambos riscos a Guía da CNC recomenda o seguinte:

- Os contratos non poden perdurar por longos períodos de tempo sen seren sometidos a concorrència
- Deben evitarse as prórrogas sobrevidas do prazo contractual como contrapartida pola introdución de modificacións substanciais do contrato a non ser que exista unha razón de imperiosa necesidade.
- As previsións normativas en materia de prazos contractuais deben concibirse como prazos máximos, que non teñen porque ser esgotados.

Tamén o artigo 254 LCSP establece expresamente que o contrato de xestión de servizos públicos non poderá ter un carácter perpetuo nin indefinido, de aí que dependendo do obxecto da prestación do servizo se establecen uns duracións máximas que,

incluídas as prórrogas, e no caso da explotación dun servizo público non relacionado coa prestación de servizos sanitarios, é de 25 anos.

Con estes límites e premisas respecto á duración inicial do contrato, o artigo 23 da LCSP di que o contrato poderá prever unha ou varias prórrogas sempre que concorran dúas regras:

- que as súas características permanezan inalterables durante o período prorrogado consonte o principio *pacta sunt servanda*
- e que a concorrencia para a súa adxudicación fora realizada tendo en conta a duración máxima do contrato, incluídos os períodos de prórroga.

A posibilidade de prórroga, ademais, debe figurar inescusablemente no prego e debe ser coñecida polos licitadores, dependendo, para a súa materialización, de se as necesidades da Administración se prolongan por un tempo superior ao inicialmente fixado.

Estas exixencias enmárcanse, precisamente, como manifestación dos principios de libre competencia, igualdade de trato e boa fe que deben presidir a contratación administrativa co fin de evitar un efecto prexudicial e discriminatorio para os licitadores xa que a duración inicial do contrato e as prórrogas determina o espazo temporal certo que condiciona os períodos de amortización dos custos e inversións requiridos para a execución do contrato, constituíndo unha información básica que deben coñecer á hora de presentar as súas ofertas.

Prorrogar un contrato é prorrogar a súa vixencia e só fai referencia a súa duración. O artigo 92 bis da LCSP considera a prórroga como un suposto de modificación contractual aínda que con regulación específica. A prórroga en si non modifica nin debe modificar os demais elementos e condicións do contrato, unicamente supón a ampliación da súa duración inicial e, en todo caso a causa da actualización do prezo prevista nos pregos. Neste punto é importante reseñar que non debe confundirse coa ampliación ou redución de prazo que poida derivarse das modificacións que o órgano de contratación introduza no contrato en exercicio da súa prerrogativa de *ius variandi* (en concreto, respecto as posibles variacións de duración de contrato por modificacións de contratos de xestión de servizo público ver o artigo 282.5 LCSP).

Noutro orde de cousas, respecto ao proceso polo que se acorda a prórroga dun contrato en curso indicar que a cláusula do prego que regula a prórroga ou prórrogas posibles é unha cláusula habilitante para o órgano de contratación que debe ser aplicada segundo a **valoración das necesidades e/ou a idoneidade da continuidade ou non da prestación do servizo**. Dita valoración deberá ser motivada e realizarse nun momento temporal, sempre antes da finalización da duración inicial do contrato, que permita avaliar as circunstancias existentes e reais dun tempo razoable inmediatamente anterior ao exercicio da prórroga (art. 49 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de réxime xurídico das Administracións Públicas e do procedemento administrativo común).

Aínda que legalmente non está definido o momento temporal en que debe acordarse a prórroga por parte do órgano de contratación, un acordo de prórroga cando só hai unha parte mínima do contrato executada parece extemporáneo. A este respecto pronunciouse a Comisión Consultiva de Contratación Administrativa da Xunta de Andalucía que no seu Informe 7/2007 di que respecto a exixencia da previsión nas prórrogas nos pregos, que *“a súa realización depende de que as necesidades da Administración se prolonguen por un tempo superior ao inicialmente fixado, pero tales necesidades han de xurdir durante a execución do contrato, porque se xa desde o momento de elaborar o prego a Administración prevé a efectiva realización da prórroga, produciríase unha desnaturalización da norma, ao utilizar a prórroga como prazo inicial”*.

6.- Vinculación da modificación contractual dun contratos de xestión de servizo público coa ampliación da súa duración inicial e a concesión de prórrogas.

Como xa se indicou con anterioridade non debe confundirse a tramitación dunha prórroga prevista nos pregos ou nos anuncios coa ampliación da duración dun contrato que traia a súa causa dunha modificación contractual. No primeiro caso non poden cambiar as características do contrato e no segundo, que deriva precisamente desa situación, é necesario tramitar a modificación de acordo co indicado no Capítulo V do Libro I da LCSP e, en concreto respecto a contrato de xestión de servizo público consonte ao previsto no artigo 258 do texto legal.

É precisamente nos apartado 4 e 5 dese artigo 258 onde atopamos fundamento para, en caso de modificacións contractuais, restaurar o equilibrio económico do contrato a través de reducións ou prórrogas do prazo inicial (neste último caso respectando sempre os límites máximos de duración previstos na lei).

4. A Administración deberá restablecer o equilibrio económico do contrato, en beneficio da parte que corresponda, nos seguintes supostos:

a) Cando a Administración modifique, por razóns de interese público e de acordo co establecido no título V do libro I, as características do servizo contratado.

b) Cando actuacións da Administración determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato.

c) Cando causas de forza maior determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato. A estes efectos, entenderase por causas de forza maior as enumeradas no artigo 231 desta Lei.

*5. Nos supostos previstos no apartado anterior, o restablecemento do equilibrio económico do contrato realizarase mediante a adopción das medidas que en cada caso procedan. Estas medidas poderán consistir na modificación das tarifas a abonar polos usuarios, **a redución do prazo do contrato** e, en xeral, en calquera modificación das cláusulas de contido económico incluídas no contrato. Así mesmo, nos casos previstos nos apartados 4.b) e c), poderá **prorrogarse o prazo** do contrato por un período que non exceda dun 10 por cento da súa duración inicial, respectando os límites máximos de duración previstos legalmente.*

CONCLUSIÓN:

1.- A Xunta Consultiva non ten entre as súas competencias informar expedientes concretos de contratación nin suplir as funcións que, consonte a lexislación vixente en materia de contratación, lle corresponden a outros órganos da actividade contractual. Segundo o artigo 194 da LCSP é o órgano de contratación que ten a potestade administrativa para interpretar os contratos administrativos, resolver as dúbidas que ofrezan o seu cumprimento ou modificar os contratos, motivo polo que esta Xunta Consultiva non se pronunciará expresamente sobre a prórroga do contrato de xestión de servizo público obxecto da consulta.

2.- Non obstante o anterior, e tendo en conta a normativa contractual en materia de prórrogas e modificacións de contratos, cabe indicar:



- A posibilidade de prorrogar os contratos debe aparecer de forma expresa no contrato ou nos pregos de cláusulas administrativas que forman a lex contractual. Os contratos de xestión de servizos públicos deben respectar os límites máximos de duración, incluídas as prórrogas, establecidos no artigo 254 da LCSP. A prórroga dun contrato implica que este se prolonga durante un tempo determinado despois da data inicial da súa finalización pero esa prórroga non pode modificar ningún dos seus elementos esenciais nin comportar novación do contrato.
- Durante a prórroga do contrato mantéñense as partes contratantes, o obxecto, o prezo (actualizado, se procede, consonte as previsións do contrato) e mailo conxunto de dereitos e obrigas establecidos no pregos de cláusulas administrativas. Isto quere dicir que un contrato validamente prorrogado vai seguir a rexerse polas mesmas condicións previstas no prego, sen que proceda ningunha modificación pola simple circunstancia da prórroga.
- A prórroga dos contratos administrativos só supón a variación do elemento do contrato que se refire á súa duración. Para modificar un contrato de maneira substancial, a Administración pública ostenta dentro das súas prerrogativas, precisamente, a potestade de modificar os contratos administrativos dentro dos límites establecidos no título V do Libro I da LCSP e demais artigos concordantes.
- As modificacións dos contratos que celebren as Administracións públicas deben ter, pois, un carácter excepcional dende o momento que as condicións iniciais do contrato non poden verse alteradas substancialmente pola esa vía consensuada na medida en que pode supoñer un obstáculo aos principios da libre concorrancia e da boa fe que deben presidir toda contratación administrativa.
- En calquera caso, de ser considerada procedente a modificación contractual, o restablecemento do equilibrio económico do contrato a través de redución ou ampliación do prazo deberán acollerse ao disposto no artigo 258.4 e 5 da LCSP.

Santiago de Compostela, a 1 de marzo de 2012