

Informe 4/2016, de 8 de xullo de 2016, sobre a posibilidade de modificar un contrato administrativo (xestión de servizo público – modalidade de concesión) subscrito por unha mancomunidade de concellos como consecuencia da ampliación do seu ámbito territorial.

ANTECEDENTES

Pola Mancomunidade de Concellos da Serra do Barbanza dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

Cuestión sobre a que se solicita informe: “Posibilidade de modificar un contrato administrativo (xestión de servizo público - modalidade concesión) para ampliar o seu ámbito territorial por ampliación á súa vez do ámbito territorial inicial da Mancomunidade; e incidencia na modificación contractual pretendida de sentenza xudicial firme anterior que interpreta o contrato administrativo”

ANTECEDENTES DE FEITO relevantes para a consulta:

I. A Mancomunidade de Concellos da Serra do Barbanza está actualmente conformada por 6 municipios, membros de pleno dereito (Brión, Carnota, Lousame, Muros, Noia e Porto do Son).

II. Esta Mancomunidade subscribiu un contrato de execución de obra (construción dun complexo medioambiental) e xestión de servizo público, modalidade concesión, para a recollida e tratamento dos RSU, que foi asinado o 21/08/2001.

III. O proceso de adxudicación foi complexo e irregular. Os pregos foron aprobados no ano 1999 e o ámbito territorial estaba conformado por 7 Concellos (Brión, Lousame, Muros, Noia, Porto do Son, A Pobra do Caramiñal e Rianxo). Adxudicouse provisionalmente en xuño de 1999. En marzo do ano 2000 procedeuse á súa adxudicación definitiva. Nese proceso dous Concellos saíron da Mancomunidade (A Pobra do Caramiñal e Rianxo). Así, en febreiro de 2001 a Xunta da Mancomunidade (órgano similar ao Pleno dun Concello) acorda unhas novas cláusulas que conformarán o futuro contrato administrativo. E finalmente este contrato administrativo asínase o 21/08/2001, estando conformando o ámbito territorial da Mancomunidade e da concesión por cinco concellos (Brión, Lousame, Muros, Noia e Porto do Son). Carnota incorporouse uns anos despois (ano 2004) como membro de pleno dereito.

ANTECEDENTES XURÍDICOS relevantes para a consulta:

I. O **contrato administrativo** ten unha redacción confusa. Transcríbese un resumo do mesmo, para facerse unha mellor idea:

"En _____, sede da Mancomunidade, 21 de agosto de 2001

INTERVEÑEN

D. _____, como Presidente da Mancomunidade...
D. _____, como Secretario da Mancomunidade...
D. _____, como representante da mercantil...

Os comparecentes recoñécense mutuamente capacidade legal para o outorgamento do presente contrato e a tal efecto EXPOÑEN:

I. ANTECEDENTES



[...]

f) A Xunta da Mancomunidade en sesión extraordinaria urxente de 20/08/2001 acordou:

[...]

i) Apróbase a autorización ao adxudicatario da prestación dos servizos contratados coa Mancomunidade a outros concellos eos medios da Mancomunidade sempre e cando se acorde polas partes (Mancomunidade e XX SA) a repercusión dos custos de utilización dos devanditos medios aos outros Concellos. **No suposto de que se produza a incorporación de novos Concellos, procederase á revisión do canon de cada servizo a aboar pola Mancomunidade.**

II. Sobre os antecedentes que preceden, as partes outorgan o presente contrato sobre a base das seguintes CLÁUSULAS:

[...]

DÉCIMO SÉTIMA: A mercantil XX SA **obrigase á xestión, en réxime de concesión, do servizo público de RSU da Mancomunidade**, con arrego aos Pregos de cláusulas administrativas e Prescricións Técnicas, así como ás cláusulas deste contrato.

DÉCIMO OITAVA: A **concesión administrativa esténdese territorialmente aos Concellos integrantes da Mancomunidade...**

Como pode observarse na parte de CLÁUSULAS non se recolle nada relativo á incorporación de novos Concellos. E hai que reseñar que o acordo da Xunta de 20/08/2001 foi posterior á aprobación do expediente de contratación e adxudicación do contrato (adxudicado provisionalmente no ano 1999 e definitivamente no ano 2000).

II. O Prego de Cláusulas Económico Administrativas no que aquí interesa di:

Artigo 43, Obrigas do concesionario: *"realizar os traballos extraordinarios que se lles encomenden. O custo destes servidos será aboado de acordo cos presos unitarios vixentes en cada momento. No suposto de inconcreción pactaranse prezos contraditorios na forma que indica en prego de cláusulas".* Non obstante no Prego non se volve falar desta cuestión

Artigo 45, Facultades da Mancomunidade: *"ordenar as modificacións que esixa o interese público e entre outras, a variación da calidade, cantidade, tempo ou lugar das prestacións dos servidos"*

III. O Prego de condicións técnicas no que aquí interesa di:

Artigo 3: *"Os servizos obxecto da concesión **abarcarán toda a Mancomunidade**. Non obstante, **o deseño das instalacións terá a elasticidade necesaria para permitir a incorporación doutros Municipios que no seu día poidan determinarse**"*

IV. O Anexo X

Finalmente hai un Anexo 10, que modifica os Pregos do contrato (sobre unhas 12 cláusulas do Prego de Cláusulas Económico Administrativas e do Prego de Prescricións Técnicas), asinado polo presidente e polo representante da concesionaria.

Este Anexo 10 non ten nin data, nin lugar de sinatura. Pero a realidade, é que se vense aplicando dende que se iniciou a concesión. Ao inicio do documento sinálase que o mesmo contén as modificacións realizadas nos Pregos que se deben realizar para plasmar e adaptar o dimensionamento do servizo adxudicado á situación actual da Mancomunidade.

Neste Anexo X introdúcense as seguintes modificacións, no que aquí interesa:

- Modifícase o ámbito territorial da Mancomunidade. Dos Concellos iniciais agora recóllense os concellos reais que conforman a Mancomunidade e cos que nace a concesión.
- Modifica o artigo 3, ámbito territorial e sinala: **"Os servizos obxecto da concesión abarcarán toda a**



Mancomunidade de Concellos do Barbanza ou de fora dela previa autorización daquela. Inicialmente prestarase o servizo aos Concellos de Porto do Son, Brión, Lousame, Muros e Noia. Non obstante, o deseño das instalación terá a elasticidade necesaria para permiti-la incorporación doutros Municipios que no seu día poidan determinarse (...)

V. No ano 2013 xurde un conflito entre a Mancomunidade e a concesionaria en relación coa interpretación do contrato, que foi resolto en sede xudicial dun modo firme a favor da Mancomunidade.

O concreto conflito foi o seguinte. O concesionario debe recoller o lixo que se produza na Mancomunidade e tratalo. O material reciclado convértese na súa propiedade e queda á súa libre disposición.

Dende o inicio da concesión ata o ano 2011 o ente xestor do SIX (Sistema integral de xestión) recollíalle ao concesionario o 100% dun produto X (envases) Pero a partir do 2011 pasou a recoller só o 80%.

O concesionario esixiu á Mancomunidade que compensara por esa perda económica. A Mancomunidade desestimou por silencio.

Nos tribunais (primeira instancia e apelación no TSX de Galicia) déuselle a razón á Mancomunidade. Non hai que compensar ao concesionario. O produto tratado é da súa propiedade e polo tanto pode vender 100, 80 ou nada. E o seu risco ou ventura.

VI. Datos económicos da concesión:

- O prezo adjudicado do contrato foi de 196.683.428,00 pesetas/ano (ano 2001) que traducido a euros implica 1.182.091,21 /ano (prezo para os 5 Concellos iniciais)
- O prezo para eses 5 Concellos iniciais, segundo a última revisión de prezos aprobada, é 1.743.623,76 €/ano.
- O prezo para o Concello de Carnota, segundo a última revisión de prezos aprobada, é de 258.559,9 €/ano. O Concello de Carnota, incorporouse no ano 2004

VII. Pola data da súa sinatura, o contrato está sometido ao Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de xuño, polo que se aproba o TRLCAP.

Despois destes antecedentes de feito e de dereito, necesarios para entender o expediente de modificación contractual sobre o que se formula a consulta, acontece o seguinte no ano 2014:

- Un novo concello está interesado en incorporarse á Mancomunidade.
- A Mancomunidade solicita ao concesionario que formule oferta sobre o custo-prezo que suporía a incorporación dese novo Concello á concesión administrativa.
- O concesionario fai unha oferta, que en resumo é do seguinte tenor:
 - O custo de recoller e tratar o lixo para ese concello é de 500.000 €/ano, ata o final da concesión (restan 10 anos). Este prezo está actualizado segundo a última revisión de prezos aprobada, e revisárase a medida que se vaian aprobando sucesivas revisións de prezo.
 - No momento en que o ente xestor do SIX de envases aboe o 100% dos envases recollidos, o prezo pasará a ser de 420.000 €/ano.
 - É necesario adquirir un camiión para reforzo dos actuais.



-É necesario adquirir novos contenedores que substitúan aos actuais.

A Mancomunidade entende que o concesionario con esta oferta está a incumprir o que xa ditaminou o xuíz. E dicir, a Mancomunidade non ten que asumir ningún custo pola non venda total dun produto reciclado.

A Mancomunidade dille ao concesionario que non se aceptan eses 80.000 €. O concesionario responde que el ten que cumprir a sentenza para o ámbito territorial da Mancomunidade que existía cando el asinou o contrato. O concesionario alega que non se lle pode obrigar a recoller o lixo nun novo concello sen o seu consentimento; e non presta o seu consentimento cun prezo anual de 420.000 €/ano.

Tendo en conta o TRLCAP, RXLCAP, o contrato, Pregos e Anexos, solicítase a emisión de informe desa Xunta Consultiva de Contratación Administrativa sobre a modificación contractual que se pretende acometer e en particular:

- 1) ¿Pódese modificar o contrato administrativo adxudicado no ano 2001 e ampliar o ámbito territorial da concesión, por ampliación do ámbito territorial da Mancomunidade?
- 2) Neste caso particular ¿cúmprense os requisitos legais para acometer esta modificación contractual e adxudicar directamente esta ampliación territorial a o mesmo concesionario, habida conta dos importes de que se están a falar? Ou formulado doutro xeito ¿cales son os requisitos legais que deben cumprirse para acometer a modificación contractual e adxudicar directamente esa ampliación territorial da concesión ao mesmo concesionario?
- 3) ¿Pode a Mancomunidade rexeitar da oferta do concesionario o que este pretende cobrar pola non recollida do 100% dos envases, baseándose na sentenza xudicial firme? Ou formulado doutro xeito. ¿Sendo posible a modificación contractual, esta debe respectar os criterios interpretativos fixados por sentenza xudicial firme, antes de acometer a modificación contractual?

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 informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan a súa consideración as entidades comprendidas no seu artigo 1, entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2. Facendo uso desa capacidade, a Mancomunidade de Concellos da Serra do Barbanza traslada a súa consulta sobre a posibilidade de modificar un contrato administrativo subscrito por unha mancomunidade de municipios polo mero feito de que durante a vixencia daquel esta amplíe o número de concellos que a integran e, de ser o caso, os requisitos legais que se deben observar.

3. Cabe sinalar en primeiro lugar que, respecto á presente solicitude, este órgano consultivo debe reiterar o reflectido en informes anteriores no senso de que non lle corresponde informar expedientes concretos de contratación, nin suplir as funcións que, en virtude da lexislación vixente en materia de contratación, competen a outros órganos da actividade contractual. Tampouco actúa como fiscalizador das actuacións acordadas polos órganos con competencia na materia nin como preliminar nin substituta de instancias ás que lles corresponde resolver as reclamacións ou recursos que os interesados interpoñan.

Dito o anterior, indicar que o teor da consulta permite facer abstracción da súa literalidade e emitir un pronunciamento xenérico sobre a procedencia de modificar un contrato administrativo (xestión de servizo público – modalidade de concesión).

4. Para empezar, é preciso analizar o réxime xurídico que resulta de aplicación a unha eventual modificación dun contrato de xestión de servizo público como a que é obxecto de consulta.

O apartado 2 da disposición transitoria primeira do Real decreto legislativo, 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público (TRLCSP) establece que *“os contratos administrativos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da presente Lei rexeranse, en canto a efectos, cumprimento e extinción, incluída a duración e réxime de prórrogas, pola normativa anterior.”*

En consecuencia, tendo en conta que o contrato se licitou no ano 1999 e que foi adxudicado no ano 2000, a principal normativa de aplicación será a Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas (LCAP), modificada pola Lei 53/1999, do 28 de decembro, polo que se modifica a LCAP e normativa de desenvolvemento concordante.

As sucesivas modificacións normativas operadas na materia contractual dende esa data non son de especial relevancia para o contrato de referencia ata a entrada en vigor da Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sostible (LES) que reformou a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público (LCSP) en varios aspectos, entre os que destaca o réxime de modificación dos contratos do sector público.

A LES trata de dar unha solución, neste ámbito, á desconformidade existente entre as normas de contratación pública española e as esixencias do dereito da Unión, de preferente aplicación en caso de conflito entre ambas as normas, por imperativo do principio de primacía do dereito comunitario.

A disposición transitoria sétima da LES establece que *“os contratos administrativos regulados pola Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público que foran adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da presente Lei, rexeranse en canto a os seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa duración e réxime de prórrogas, pola normativa anterior”*.

Malia a aparente claridade deste precepto, a circular 1/2011 da Avogacía do Estado, do 7 de abril, sobre o réxime de modificación dos contratos do sector público aclarou, a propósito desta lei que *“O criterio correcto, por axustado ao Dereito da Unión Europea, consiste en entender que o novo réxime de modificación do contrato é aplicable non só para os contratos que se adxudiquen tras a entrada en vigor da LES, senón tamén aos contratos xa adxudicados con anterioridade á vixencia desta norma legal e que actualmente están en fase de execución, e elo en razón de que ese réxime de modificación dos contratos non xurde ex novo, senón que vén esixido polo Dereito da Unión Europea e, como xa se dixo, a súa implantación viña motivada polo desaxuste do dereito español ao dereito da Unión Europea, desaxuste que se plasmaba non só na LCSP, senón tamén en textos legais anteriores (Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas e texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas aprobado polo Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño).”*

Debe concluírse, pois, que o feito de que a normativa que deba aplicarse a unha eventual modificación dun contrato sexa a que estea en vigor no momento en que foi adxudicado o contrato, non impide que a dita normativa poida, e deba, ser interpretada necesariamente consonte os principios e normas de dereito comunitario.

A Unión vén de regular a contratación pública no ámbito restrinxido das fases de preparación e adxudicación dos contratos, por consideralas máis sensibles ás posibles vulneracións dos principios de igualdade, libre concorrência e transparencia. Na actualidade, as Directivas 2014/24/UE, do 26 de febreiro, sobre a contratación pública e 2014/23/UE, do 26 de febreiro, relativa á adxudicación dos contratos de concesión, pretenden dar un paso máis e acoller os conceptos e nocións derivados da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) respecto das fases posteriores á adxudicación do contrato, tales como a subcontratación ou a cesión, a modificación e a resolución. A transposición destas directivas, que tiña que terse realizado antes do 18.04.2016, dará lugar a un novo texto que regule a contratación do sector público en España.

En relación á aplicación destas directivas, na Sentenza do 2 de xuño de 2005, o TXUE advirte que cando unha directiva comunitaria establece previsións *“incondicionais e suficientemente precisas para conferir un dereito a favor dun particular”*, este poderá invocala, de ser o caso, fronte a unha entidade adxudicadora. E engade, ademais, que *“En consecuencia, as propias directivas están a impoñer unha determinada interpretación das normas nacionais, unha interpretación secundum directivam”*, isto é, as propias directivas ofrecen mecanismos de solución dos conflitos.

Sobre o caso que nos ocupa, na Sentenza do 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*) o TXUE aborda con profundidade os límites e os requisitos da modificación dun contrato público, e conclúe que *“os poderes adxudicadores deben dar aos operadores económicos un tratamento igualitario e non discriminatorio, e obrar con transparencia tanto na fase anterior á adxudicación do contrato como na súa execución.”*

5. Ademais, cómpre afondar na tipoloxía da entidade contratante.

As mancomunidades de municipios son entidades de base asociativa que gozan da condición de entidades locais non territoriais que ostentan a personalidade e a capacidade xurídica necesaria para o cumprimento dos seus fins, segundo establecen os artigos 3 e 44 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LBRL) e o artigo 2 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de administración local de Galicia (LALGA). A mancomunidade de municipios goza de personalidade propia e diferenciada da dos municipios que a integran e cualifícase, para os efectos do TRLCSP, de entidade do sector público considerada administración pública e poder adxudicador consonte a clasificación do artigo 3.2 letra a) do mesmo corpo legal.

O contrato administrativo regula os pactos, os dereitos e as obrigas de dous suxeitos de dereito individualizados, unha mancomunidade de municipios e unha empresa contratista, polo que non existe relación xurídica ningunha entre a mercantil e cada un dos concellos que integran a mancomunidade. Por esta razón, o elemento subxectivo do contrato administrativo non varía polo mero feito de incorporar un novo concello á mancomunidade durante a súa vixencia, xa que esta é un ente que goza de personalidade distinta e diferenciada da dos seus entes asociados. Non obstante, cando a dita incorporación implique un aumento no volume de prestacións que debe executar a empresa concesionaria, afectará ao obxecto do contrato e podería tramitarse en consecuencia, sempre que concorran os requisitos legais para o efecto, unha modificación contractual que garanta o equilibrio económico-financieiro do contrato.

6. O réxime xurídico aplicable en materia de contratación pública prevé unha regulación específica para os supostos nos que o interese público aconsella variar o elemento obxectivo dun contrato administrativo, en aras de garantir o principio de equilibrio económico contractual e en íntima conexión cos principios de transparencia e de igualdade de trato entre os licitadores.

Á vista deste réxime legal, a modificación do obxecto do contrato como consecuencia da incorporación dun novo municipio á mancomunidade, coa obriga para o contratista de asumir o servizo de recollida e tratamento de residuos sólidos urbanos (RSU) nas condicións estipuladas na documentación contractual, require que concorra algún dos seguintes supostos:

Primeiro. De estar prevista nos pregos ou no contrato, a posibilidade de modificación para aumentar as prestacións como consecuencia de incorporación de novos municipios á entidade contratante, -xunto cunha especificación clara, detallada e precisa das condicións nas que se levará a efecto-, sería viable a modificación contractual por imperativo do axioma *pacta sunt servanda*, en conexión co disposto no artigo 160 da LCAP segundo o que o contratista viría obrigado a organizar e prestar o servizo con estrita suxeición ás características establecidas no contrato.

Segundo. No caso contrario, de non estar prevista nos pregos ou no contrato, a falta de concreción das condicións de modificación na documentación contractual implica que a modificación do contrato pola causa en cuestión deba seguir o réxime previsto no artigo 102 da LCAP de acordo coa interpretación da xurisprudencia comunitaria xa comentada anteriormente.

A vista do exposto, o órgano de contratación poderá realizar a citada modificación por unha ampliación do ámbito territorial sempre que tal situación estea prevista na documentación contractual ou cando poida acreditar que concorren os requisitos legalmente esixidos ante unha circunstancia non prevista nos pregos ou no contrato.

7. Finalmente, cómpre salientar que as Directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE, ambas as dúas do 26 de febreiro, prevén a desaparición do contrato de xestión de servizo público, que quedará integrado no contrato de concesión administrativa que, á súa vez, distingue dúas variantes diferenciadas: a concesión de obras e a concesión de servizos.

En afianzamento do marco de interpretación dos contratos celebrados con arranxo a normas anteriores segundo as normas europeas actuais, interesa adiantar aquí a incorporación do concepto europeo de “*risco operacional*”. Así, en ambas as dúas modalidades de concesión, o contrato implica a transferencia ao concesionario do *risco operacional* na explotación das obras ou dos servizos. Isto supón que non existe garantía de que o concesionario vaia recuperar as inversións realizadas nin vaia cubrir os custos nos que incorra como consecuencia da explotación obxecto da concesión.

CONCLUSIÓNS

1. O feito de que a normativa que deba aplicarse a unha eventual modificación dun contrato sexa a que estea en vigor no momento en que foi adjudicado o contrato, non impide que a dita normativa poida, e deba, ser interpretada necesariamente consonte os principios e normas do dereito comunitario. En consecuencia, a modificación só é posible cando tanto os supostos de feito como as condicións da modificación se recollan na documentación contractual.

Cando non estean previstos ou non se concreten suficientemente os supostos de feito e as condicións de modificación na documentación contractual, o contrato só se poderá modificar cando concorran os requisitos previstos na normativa que lle sexa de aplicación, sempre que estes non se opoñan aos principios comunitarios en materia de contratación pública.

2. Tendo en conta a nova regulación do contrato de concesión recollida nas Directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE, este contrato conleva a transferencia ao concesionario do *risco operacional* na explotación das obras ou dos servizos, o que supón que non existe garantía de que o concesionario vaia recuperar as inversións realizadas nin vaia cubrir os custos nos que incorra como consecuencia da explotación obxecto da concesión.

Santiago de Compostela, 8 de xullo de 2016