



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 0 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 1 de diciembre de 2016.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Oliva en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de modificación del contrato para la prestación del servicio de «Gestión integral de las instalaciones de alumbrado público del municipio de La Oliva», suscrito con la entidad mercantil C., S.A. (EXP. 383/2016 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 25 de octubre de 2016 (con Registro de Entrada en el Consejo Consultivo de Canarias el 2 de octubre de 2016) por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Oliva, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de modificación del contrato para la prestación del servicio de «Gestión integral de las instalaciones de alumbrado público del municipio de La Oliva», suscrito con la entidad mercantil C., S.A.

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.b), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

3. El contrato del que trae causa el presente procedimiento de modificación fue adjudicado el 24 de abril de 2014, bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, siendo, en consecuencia, la legislación aplicable al presente

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

procedimiento de resolución contractual, así como el RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos, la Ley 30/1992, de 26 noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). También resultan aplicables, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), y demás acuerdos adoptados por las partes que rigen en el contrato.

II

1. Constan documentados en el expediente los siguientes antecedentes:

- El 24 de abril de 2014 se adjudicó a la empresa C., S.A., el contrato administrativo de «Gestión integral de las instalaciones de alumbrado público del municipio de La Oliva», por un precio de 10.513.804,95 €, más el 7% de IGIC, y con un plazo de ejecución de 15 años.

- El contrato se formalizó en documento administrativo el día 2 de junio de 2014.

- El 3 de diciembre de 2015 se presenta por la contratista, C., S.A. solicitud y propuesta de modificación de contrato.

- El 4 de febrero de 2016 se emite informe por el Técnico municipal responsable del contrato sobre las consideraciones técnicas en relación con la modificación propuesta.

- El 10 de marzo de 2016 se emite informe jurídico sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para la modificación del contrato.

2. Desde el punto de vista procedimental, se ha tramitado correctamente el presente procedimiento de modificación del contrato, habiéndose evacuado los trámites establecidos en el art. 211 TRLCSP y art. 102 RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos.

Así, constan, además del trámite de audiencia al contratista y sus alegaciones, los informes necesarios para la tramitación del procedimiento de modificación del contrato. En particular, se han llevado a cabo los siguientes trámites:

- El 6 de junio de 2016 se acuerda, por el Pleno del Ayuntamiento el inicio del procedimiento de modificación del contrato.

- El 31 de agosto de 2016 se concede al contratista trámite de audiencia, lo que se le notifica el 1 de septiembre de 2016.

- El 12 de septiembre de 2016 se presenta escrito de alegaciones por el contratista.

- El 30 de septiembre de 2016 se emite informe de Intervención.

- El 17 de octubre de 2016 se dicta Propuesta de Resolución sobre la modificación del contrato, que se somete al dictamen de este Consejo.

3. Ha de advertirse que el procedimiento de modificación contractual se ha iniciado a instancia del contratista, por lo que no está sujeto al plazo de 3 meses para resolver, más que por inactividad imputable al interesado, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, de acuerdo con el art. 42.3.a) LRJAP-PAC, ley aplicable en virtud de lo que dispone la Disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la Disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto planteado, la Propuesta de Resolución concluye la aprobación de la modificación del contrato de Servicio para la «Gestión Integral de las Instalaciones de Alumbrado Público del municipio de La Oliva» en los términos técnicos y económicos indicados en el Informe Técnico de fecha 4 de febrero de 2016. Tal informe señala:

«El Pliego de Prescripciones Técnicas que sirvió de base para la adjudicación del mencionado contrato contemplaba un inventario de luminarias y centros de mando que a día de hoy no se ajusta con la realidad, no sólo por las ampliaciones de luminaria que se han realizado posteriormente a la adjudicación del contrato, sino además porque faltaron por incluir 10 centros de mando (con sus correspondientes puntos de luz).

(...)

A la situación actual se ha llegado por los siguientes motivos:

- En el PPT se relacionaban 5.848 luminarias alimentadas desde 85 centros de mando, cuando en realidad esta cantidad de cuadros alimentaba a un total de 6.565 luminarias.

- Desde la adjudicación del contrato hasta diciembre de 2015, y a instancias del Ayuntamiento, se han instalado 292 luminarias conectadas a los centros de mando existentes.

- Los diez centros de mando que no se contabilizaron en el PPT, alimentan un total de 202 luminarias.

Por lo tanto, la ampliación de luminaria obedece a la realidad de alimentación de luminarias desde los 85 centros de mando del pliego de referencia, a ampliaciones realizadas a instancia municipal y a las alimentadas desde los 10 centros de mandos no contabilizados en el PPT; resultando un total de 7059 luminarias.

(...)

El porcentaje de incremento del contrato, en relación a la prestación económica actual (basado en el supuesto de aplicación de la ampliación desde el 2 de enero de 2.016, hasta la finalización del mismo, el día 2 de junio de 2.026), supone un incremento de 17,9893%; según el siguiente cálculo:

A fecha 2 de enero de 2.016, restan 13 años y 5 meses de contrato, por lo tanto, al aplicar la modificación resulta que:

$$841.891,01 \text{ €} \times 13 \text{ años} + 841.891,01 \text{ €} / 12 \text{ 712 meses} \times 5 \text{ meses} = 11.295.371,0510 \text{ €}.$$

A la cantidad anterior habría que añadirle el cálculo de lo ya cobrado, sin ampliación alguna (calculado a fecha 2 de enero de 2016), es decir, a razón de un año y siete meses, esto es:

$700.919,88 \text{ €} \times 1 \text{ año} + 700.919,88 \text{ €} / 12 \text{ meses} \times 7 \text{ meses} = 1.109.789,8100 \text{ €}$, lo que hace un total de cuantía de contrato por importe de:

$$11.295.371,0510 + 1.109.789,8100 = 12.405.160,8610 \text{ €}$$

Que en relación con la cuantía del contrato actual (10.513.804,95 €), supone un incremento del precio en porcentaje de:

$$12.405.160,8610 \times 100 / 10.513.804,95 = 17,9893\%.$$

2. Pues bien, el art. 219 del TRLCSP establece, entre las prerrogativas de la Administración, la de la modificación de los contratos, si bien señala:

«1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma prevista en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211 del mismo texto legal. 2. En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas. 3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156».

La modificación de los contratos administrativos se regula en los arts. 105 y ss. TRLCSP, estableciéndose en el art. 105:

«1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, 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.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada inicialmente, deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro contrato que deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III».

Por ello, los dos supuestos previstos en el art. 105 de modificación contractual son el de las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación y el de las no previstas en aquélla, reguladas en los arts. 106 y 107 TRLCSP, respectivamente.

En el presente caso, si bien se prevé en la cláusula nº 23 de Pliego de Cláusulas administrativas particulares que rige el contrato la modificación del mismo, sin embargo, ésta no tiene el contenido y alcance establecido en el art. 106 TRLCSP para las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación, pues no determina de manera clara y precisa las condiciones, el alcance y el límite de la modificación, ni indica el porcentaje del precio de adjudicación al que puede afectar la modificación, toda vez que se limita a señalar que «al amparo del artículo 105 del TRLCSP, sin perjuicio de los supuestos previstos en dicha normativa para los casos de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, el contrato sólo será susceptible de modificación para incorporar el aumento, reducción o supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén contenidos en el contrato. Estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno, en caso de supresión o reducción de unidades o clases de equipos, a reclamar indemnización por dichas causas».

A este respecto, conviene precisar que el art. 106 TRLCSP, tras disponer que los contratos del sector público podrán modificarse siempre que tal posibilidad se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, exige, para entender que concurre tal circunstancia, lo siguiente:

«(...) y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas».

Por tanto, no resulta aplicable el supuesto del art. 106, sino el del art. 107 TRLCSP, referente a modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, que las limita en la forma que el citado precepto establece.

Singularmente, a tenor del informe técnico emitido el 4 de febrero de 2016, en relación con la solicitud de modificación contractual instada por el contratista el 3 de diciembre de 2015, la necesidad de modificación contractual encuentra su fundamento en la letra a), del apartado 1, del art. 107 TRLCSP, que dispone: «a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas».

Recuérdese que el citado informe reconoce que el Pliego de Prescripciones Técnicas que sirvió de base para la adjudicación del contrato contemplaba un inventario de luminarias y centros de mando que actualmente no se ajusta con la realidad, no sólo por las ampliaciones de luminaria que se han realizado posteriormente a la adjudicación del contrato, sino además porque faltaron por incluir 10 centros de mando (con sus correspondientes puntos de luz).

El aludido informe técnico viene a indicar que el porcentaje de incremento del contrato supone un 17,9893% con respecto al precio actual (10.513.804,95 €), razón por la que se solicita Dictamen de este Consejo [art. 211.3.b) TRLCSP: Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros].

Tras el informe de Intervención, de 30 de septiembre de 2016, la Propuesta de Resolución concluye que con la propuesta de modificación del contrato la valoración de la modificación pasará de 700.919,88 euros/año, a la cantidad de 841.891,01 euros/año, produciéndose un incremento anual de 140.791,13 euros año. Aún quedan pendiente 13 años, por lo que el incremento hasta el final del contrato ascendería a 1.832.624,69 euros.

Por tanto, la modificación pretendida no cumple con el límite establecido en el art. 107.2 TRLCSP, al que somete, como ya se vio, el art. 105 de la citada norma la modificación contractual no prevista en la documentación que rige la licitación.

En definitiva, la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues la modificación propuesta no cumple con los límites establecidos en la normativa aplicable, procediendo nueva licitación del contrato, previa resolución del suscrito con C., S.A., estableciendo, en su caso, las consecuencias indemnizatorias que procedan para el contratista, dada la eventual responsabilidad de la Administración en la alteración de las circunstancias previstas en la licitación inicial.

C O N C L U S I Ó N

De acuerdo con el razonamiento expuesto en el Fundamento III, la Propuesta de Resolución del procedimiento de modificación del contrato de Gestión integral de las instalaciones de alumbrado público del municipio de La Oliva, no se considera ajustada a Derecho.