



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 8 0 / 2 0 2 2

(Sección 2ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de octubre de 2022.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Adeje en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de modificación del contrato administrativo de Limpieza Viaria, Recogida de Residuos Urbanos y otros afines en el término municipal de Adeje adjudicado a la UTE (...) - (...) (EXP. 337/2022 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Adeje el 17 de agosto de 2022 -con entrada en este Consejo Consultivo el 5 de septiembre de 2022-, es la Propuesta de Resolución correspondiente a la quinta modificación del contrato de servicios de concesión de limpieza viaria, recogida de residuos urbanos y otros afines, por ampliación de superficies de limpieza viaria, incremento de recogida de envases de vidrio y recogida de textil, aceite vegetal y punto selectiva móvil, adjudicado el 17 de abril de 2006 a la UTE (...) comenzando sus efectos el 1 de julio de 2006.

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del 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. 191.3.b) 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 (LCSP).

* Ponente: Sra. de León Marrero.

3. Habiéndose iniciado el expediente para la contratación del servicio de gestión de servicio público de limpieza viaria bajo la vigencia del RDLeg 2/2000, de 16 de junio resultará aplicable esta Ley (cláusula 3.ª del PCAP y DT1.ª LCSP).

4. En cuanto al procedimiento de modificación contractual propiamente dicho, es aplicable el art. 207 LCSP y en lo no previsto el art. 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

5. Se establecen como trámites necesarios los siguientes:

- Propuesta de modificación con justificación y valoración.
- Audiencia del contratista.
- Fiscalización (informe del interventor) (DA 3.ª apartado 3 LCSP).
- Anuncio de modificación en el perfil del contratante en el plazo de 5 días desde su aprobación, acompañado de las alegaciones del contratista y todos los informes aportados por el adjudicatario o el órgano de contratación.
- Informe del secretario de la Corporación (DA 3.ª apartados 3 y 8 LCSP).
- Dictamen del Consejo Consultivo [art. 191.3.b) LCSP] cuando las modificaciones no estén previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía aislada o conjuntamente sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 euros.

6. El órgano competente para dictar resolución es el Pleno del Ayuntamiento (cláusula 4.ª del pliego de cláusulas administrativas particulares y DA 2ª.2 LCSP), por ser el órgano de contratación.

II

Como antecedentes de interés podemos destacar:

1. El 28 de julio de 2005 se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas del servicio municipal de limpieza.

2. El 17 de abril de 2006 se produjo la adjudicación definitiva del contrato.

3. El 23 de mayo de 2006 se formalizó el contrato inicial por un importe de 5.343.773,52€ (IGIC incluido) previéndose un plazo de dieciséis años (más prórroga de 6 meses) a partir del día siguiente a la firma de la correspondiente acta de inicio del servicio, lo que supone una cantidad total de 85.500.376,52 € (IGIC incluido),

constituyéndose garantía definitiva por importe de 3.420.015,05 euros. Figuran en el informe técnico sucesivas modificaciones de fecha 2 de abril de 2009, 27 de enero de 2012, 30 de junio de 2017 y 26 de junio de 2020.

4. El día 29 de diciembre de 2021, se aprobó la compensación del desequilibrio económico sufrido por la situación de crisis sanitaria y económica derivada de la pandemia generada por el virus Covid-2019, por el que se amplía su duración inicial en dos años y cinco meses más, a contar desde la finalización de la duración inicialmente prevista en el contrato, sin perjuicio de la eventual prórroga de seis meses que prevé el mismo. Dicha compensación fue objeto de los DCC 416/2021 y 507/2021.

III

Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de modificación del contrato para la adición de prestaciones son los siguientes:

1. Con fecha 12 de julio de 2022 se emitió informe por el Arquitecto Técnico Municipal, (...), en el que expone la necesidad de iniciar el expediente relativo a la quinta modificación del contrato de concesión de limpieza viaria, recogida de residuos urbanos y otros afines, por ampliación de superficies de limpieza viaria, mayor recogida selectiva de envases de vidrio y recogida selectiva de textil, aceite y punto limpio móvil.

2. Con fecha 21 de julio de 2022 se dio trámite de audiencia al contratista, por plazo de diez días hábiles, a los efectos de que formulara alegaciones y presentara los documentos oportunos para la mejor defensa de su derecho. A dicho trámite de audiencia se acompañó el Informe del Técnico Municipal responsable del área de limpieza y el Informe Técnico con planos de las nuevas áreas de limpieza.

3. Con fecha 21 de julio de 2022 la UTE (...) confirmó haber recibido los documentos remitidos.

4. Con fecha 26 de julio de 2022 se recibió providencia por parte de la Concejala del Área de Movilidad, Obras y Servicios, en la que expone que *«se ha emitido nuevo informe técnico relativo a la 5ª modificación de dicho contrato, porque en el anterior se había apreciado un error material en el cálculo de los precios de la barredora Dulevo para limpieza viaria, el cual alteraba los precios de amortización y, por consiguiente, los costes totales»*.

5. Consta nuevo informe técnico de fecha 25 de julio de 2022, emitido por el arquitecto técnico (...), responsable del servicio del área de limpieza, en el que se expone la necesidad de aprobar la 5ª MODIFICACIÓN DE CONTRATO DE CONCESIÓN DE LIMPIEZA VIARIA, RECOGIDA DE RESIDUOS URBANOS Y OTROS AFINES, adjudicado a la entidad UTE (...), con NIF (...).

6. Con fecha 28 de julio de 2022, se dio nuevo trámite de audiencia al contratista, por plazo de diez días hábiles, remitiendo el nuevo informe técnico del responsable del servicio del área de limpieza sobre la 5ª modificación de contrato de concesión de limpieza viaria, recogida de residuos urbanos y otros afines.

7. Con fecha 28 de julio de 2022 se recibió escrito con número de registro de entrada 34732/2022, presentado por la entidad UTE (...), desistiendo de presentar alegaciones.

8. Se emite informe por los servicios jurídicos del Ayuntamiento sobre legalidad y procedimiento en fecha 9 de agosto de 2022.

9. Se emite informe por el Sr. Interventor accidental de la Corporación en fecha 11 de agosto de 2022.

10. Se emite nota de conformidad por el Secretario de la Corporación en fecha 11 de agosto de 2022.

11. La Propuesta de Resolución propone aprobar la 5ª modificación del Contrato administrativo de gestión del servicio público de limpieza viaria, recogida de residuos urbanos y otros afines en el municipio de Adeje, adjudicado a la UTE (...), mediante Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Adeje, adoptado en sesión ordinaria el día 17 de abril de 2006, para la incorporación de nuevos medios por el aumento de las superficies de limpieza, el aumento de la recogida de envases de vidrio y la incorporación del servicio extraordinario de recogida de textil, aceite vegetal y punto selectiva móvil, en los términos establecidos en el informe técnico realizado por (...), responsable del servicio del área de limpieza de fecha 25 de julio de 2022.

IV

1. La Propuesta de Acuerdo modifica el contrato de gestión de servicio público de limpieza viaria, recogida de residuos urbanos y otros afines en el municipio de Adeje, adjudicado a la UTE (...) y, en consecuencia, propone aprobar la 5ª modificación del contrato, para la incorporación de nuevos medios por el aumento de las superficies de limpieza, el aumento de la recogida de envases de vidrio y la

incorporación del servicio extraordinario de recogida de textil, aceite vegetal y punto selectiva móvil, en los términos establecidos en el informe técnico realizado por el responsable del servicio del área de limpieza de fecha 25 de julio de 2022, por un importe total de un millón trescientos veintisiete mil quinientos noventa y un euros con sesenta y cuatro céntimos (1.327.591,64€). El importe total del contrato de concesión del servicio municipal de limpieza viaria a partir de la aprobación de esta 5ª modificación asciende a la cantidad anual de cinco millones quinientos noventa y cuatro mil novecientos veinticuatro euros con cuarenta céntimos (5.594.924,40 €) IGIC incluido.

2. El fundamento legal de esta modificación es, según la Propuesta de Resolución:

- La cláusula tercera del pliego de cláusulas administrativas particulares que establece que el contrato *«se regirá por lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y en lo no previsto se aplicaran los preceptos del TRLCAP, aprobado por el RDL 2/2000, de 16 de junio, y el Reglamento de la Ley de Contratos aprobado por el RD 1098/2001, de 12 de octubre, Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local y el Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y el Reglamento de Servicios en tanto en cuanto no se opongan al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas»*.

- El régimen transitorio previsto en la DT 1ª 2 de la LCSP que establece: *«Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior»*.

- El artículo 102 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece: *«Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente»*.

- Los arts. 59 y 101 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas.

- El art. 1.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que incluye los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato, cuyas cláusulas se consideran parte integrante del respectivo contrato (art. 49.1 y 5 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley contratos de las Administraciones Públicas), dedicado al ámbito territorial, dispone que *«se debe prestar el servicio, además de en este término municipal, en las nuevas vías que se urbanicen y zonas que se pudieran integrar en un futuro al municipio, debiendo prever en la oferta el normal crecimiento de superficies a limpiar y el crecimiento en la producción de residuos»*.

- La Cláusula 29ª PCAP, relativa a la posibilidad de modificación del contrato, que prevé que: *«El Ayuntamiento podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y cuando tales modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, deberá compensarse al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos considerados como básicos en la adjudicación del contrato»*.

En los casos de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos, conforme dispone el artículo 163 del TRLCAP.

Sólo podrá plantearse modificación del contrato para incorporar nuevos medios en los servicios de recogida de residuos y otros afines, cuando el crecimiento del peso en la generación anual de la totalidad de residuos urbanos o las necesidades de los servicios afines suponga un incremento superior al 20%, desde la última incorporación de medios por este concepto.

Sólo podrá plantearse modificación del contrato para incorporar nuevos medios en los servicios de limpieza viaria cuando el crecimiento de las superficies a limpiar sea superior al 10%, desde la última incorporación de medios por este concepto.

Para el cálculo del precio y los medios a incorporar o retirar, se utilizarán los datos de la oferta, incluyendo los precios unitarios aceptados y la proporción de medios asignados a los servicios en la adjudicación».

- La Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular que establece una serie de obligaciones a las entidades locales, en su artículo 3, 12, 25.

3. Desde el punto de vista procedimental resulta aplicable la LCSP, en virtud de lo dispuesto en el art. 207 de dicho cuerpo legal y la DT1ª1 LCSP.

Pues bien, consta cumplimentada la Propuesta de modificación con justificación y valoración a través de los informes técnicos del responsable del contrato; audiencia del contratista; fiscalización (informe del interventor -DA 3.ª3 LCSP-); anuncio de modificación en el perfil del contratante en el plazo de 5 días desde su aprobación acompañado de las alegaciones del contratista y todos los informes aportados por el adjudicatario o el órgano de contratación; informe del secretario de la Corporación (DA 3.ª apartados 3 y 8 LCSP) y solicitud de dictamen al Consejo Consultivo [art. 191.3.b) LCSP] cuando las modificaciones no estén previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía aislada o conjuntamente sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros, circunstancias que concurren en el presente expediente, pues las modificaciones aprobadas hasta la fecha por la Corporación, y la que se pretende aprobar con este expediente, superan conjuntamente el 20% del precio del contrato, además de que éste supera los 6.000.000 de euros.

4. La modificación del contrato que se somete a dictamen, suscrito entre el contratista y el Ayuntamiento de Adeje el 23 de mayo de 2006, contempla la incorporación de nuevos medios por el aumento de las superficies de limpieza, el aumento de la recogida de envases de vidrio y la incorporación del servicio extraordinario de recogida de textil, aceite vegetal y punto selectiva móvil, en los términos establecidos en el informe técnico realizado por (...), responsable del servicio del área de limpieza del Ayuntamiento de Adeje, de fecha 25 de julio de 2022.

Desde el punto de vista sustantivo (DT1.ª2. LCSP) la legislación aplicable a este contrato será el RDLeg 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como las cláusulas del contrato y los pliegos de condiciones aprobados para su adjudicación, de acuerdo a los fundamentos de derecho invocados en la Propuesta de Resolución.

Las modificaciones contractuales, conforme a la legislación aplicable al tiempo de su celebración, sólo podrán efectuarse cuando así estuvieran previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, o en los casos y con los límites establecidos en

los arts. 59 y 101 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas y 29 del PCAP.

En el presente caso, la modificación del contrato para la incorporación de nuevos medios por el aumento de las superficies de limpieza, el aumento de la recogida de envases de vidrio y la incorporación del servicio extraordinarios está prevista en la cláusula 29 del PCAP y en cuanto a la justificación del cumplimiento de los porcentajes exigidos en dicha cláusula del PCAP, se justifica adecuadamente en el informe técnico de 25 de julio de 2022 del responsable del contrato.

Se cumple así con lo previsto en los arts. 59 y 101 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable, como se ha dicho, a este contrato, por la fecha de su adjudicación. Asimismo, se cumplen los requisitos de la cláusula 29 del PCAP para poder llevar a cabo la modificación del contrato, debido al aumento de las superficies de limpieza, el aumento de la recogida de envases de vidrio y la incorporación de servicios extraordinarios contemplados en Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, que establecen una serie de obligaciones a las entidades locales, en sus arts. 3, 12 y 25.

De todo ello se deduce con claridad que la modificación del contrato supone implementar la ampliación de las prestaciones, recursos materiales y servicios del contrato, mediando razones de interés público debidamente justificadas.

Por otro lado, al no haberse presentado alegaciones por parte del contratista, se considera que éste acepta en toda su extensión las modificaciones contractuales propuestas, puesto que el mismo participó en el procedimiento de licitación del contrato sin impugnar entonces los pliegos que la rigieron, de donde resulta su aceptación, incluida, por tanto, la posibilidad de modificación del contrato en los términos expuestos en el PCAP.

En este sentido, de forma reiterada la jurisprudencia ha considerado que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas, han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes han concurrido al correspondiente procedimiento de contratación, asumiendo así que tales pliegos se convertirán en ley del contrato (SSTS de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990, 12 de mayo de 1992, 25 de mayo de 1999, 9 de febrero y 19 de marzo de 2001, 26 de junio de 2004, y 26 de diciembre de 2007, entre otras).

Será obligación contractual esencial del concesionario proceder al reajuste de los medios materiales, personales y equipos que sean necesarios para cumplir con las nuevas necesidades en los términos señalados en el informe técnico del responsable del servicio del área de limpieza, reajustándose el precio proporcionalmente de conformidad a los precios de la oferta, considerando los medios, equipos y superficies resultantes tras la modificación. Las citadas actuaciones adicionales a los servicios contratados son necesarias para la ejecución eficaz del objeto del contrato.

Cabe deducir que el aumento de los costes se ha debido a causas imprevistas que, obviamente, no afectan a las condiciones esenciales del contrato, de conformidad con los criterios sostenidos al respecto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 19 de julio de 2008, caso «*Presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Austria*» (TJCE 2008/132), según la cual:

«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 [TJCE 2000, 236], 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».

6. En todo caso, la modificación tramitada está contemplada en el PCAP, no presenta características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y

respetar los límites, legal y contractualmente previstos, de manera que no es necesario acudir a una nueva licitación del contrato.

7. Resulta del expediente administrativo, la retención de crédito suficiente para atender las nuevas prestaciones y obligaciones resultantes de la modificación contractual, según se desprende del informe del Interventor municipal, de conformidad con el art. 214 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Tales cantidades están dentro de los límites establecidos en el PCAP relativos a la modificación del contrato. Se ha cumplido, por tanto, la cláusula 29 PCAP que rige la modificación del contrato.

En definitiva, se ha acreditado de manera objetiva y suficiente la modificación contractual que se pretende, así como justificado en los diversos informes obrantes en el expediente, la necesidad del aumento del presupuesto anual en la cuantía fijada, por lo que se entiende que la modificación propuesta es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se dispone aprobar la 5ª modificación del contrato administrativo de gestión del servicio público de limpieza viaria, recogida de residuos urbanos y otros afines en el municipio de Adeje, adjudicado a la UTE (...), para la incorporación de nuevos medios por el aumento de las superficies de limpieza, el aumento de la recogida de envases de vidrio y la incorporación del servicio extraordinario de recogida de textil, aceite vegetal y punto selectiva móvil, se considera conforme a Derecho.