



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 7 5 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 24 de abril de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Gerente del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de modificación del contrato «SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN MEDIA Y BAJA TENSIÓN DE LAS INSTALACIONES DEL CONSEJO INSULAR DE AGUAS DE TENERIFE» (EXP. 138/2023 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la modificación contractual planteada por el Consejo Insular de Aguas de Tenerife -en adelante, CIATF- en relación con el contrato administrativo de « (...) *suministro de energía eléctrica* en media tensión y baja tensión de las instalaciones del Consejo Insular de Aguas de Tenerife (...) ».

2. La legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Presidente del CIATF, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-.

En cuanto a la legitimación del Presidente del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, ha de decirse que, si bien, de partida, no figuran expresamente previstos los Presidentes de los Consejos Insulares de Aguas entre los sujetos legitimados para solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo, atendiendo al art. 12.3 de la LCCC, sin embargo, no es menos cierto que, con carácter general, nuestra doctrina - expresada, entre otros, en los Dictámenes 201/2005, 484/2012, 381/2015, 405/2020 o 18/2023, emitidos a solicitud de distintos presidentes de entes u organizaciones instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia y/o autonomía orgánica y

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola

funcional-, ha sido interpretar extensivamente el art. 12.3 LCCC en el sentido de considerar que la autoridad legitimada para solicitar el correspondiente dictamen es la que ostente la representación legal del mismo, cuando se trate de organizaciones con personalidad jurídica propia y funcionamiento autónomo, siempre que su eventual adscripción orgánica no lesione su autonomía funcional.

En el presente caso no existe objeción para que se solicite el dictamen por el Presidente del referido Consejo Insular, en tanto que tiene conferida la representación legal de dicho organismo [art. 21.2, letra a) del Decreto 115/1992, de 9 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo Insular de Aguas de Tenerife]; que, además, es el Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, de acuerdo con lo previsto en el art. 15 de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas. En idéntico sentido se pronuncia el Dictamen 44/2023, de 9 de febrero.

Dicho lo anterior se observa que la petición de dictamen, instada mediante « (...) Decreto dictado por la Presidencia del Consejo Insular de Aguas de Tenerife con fecha 28 de febrero de 2023 (...) » -y de la que se da traslado a este Consejo Consultivo mediante oficio rubricado por el Gerente del CIATF con fecha 9 de marzo de 2023-, no se acompaña de copia del citado Decreto del Presidente del CIATF; lo que se advierte a los efectos oportunos.

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de dictamen en los supuestos de « (...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa» [art. 11.1.D, apartado c) de la LCCC]. En este sentido, el art. 191.3, letra 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 -en adelante, LCSP- (texto legal aplicable al presente supuesto de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del presente Fundamento Jurídico), señala que « (...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: b) Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran 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».

Estas circunstancias concurren en el presente supuesto, lo que determina la preceptividad del dictamen de esta Institución consultiva.

4. En lo que se refiere al régimen jurídico resultan de aplicación tanto la LCSP (véase la Disposición transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta del citado texto normativo) como el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre -en adelante, RGLCAP-, en lo que no se oponga al precitado texto legal (Disposición derogatoria de la LCSP). En idéntico sentido se pronuncia la cláusula 3.1 del Pliego.

5. La competencia para resolver el presente expediente de modificación contractual le corresponde al órgano de contratación (arts. 190 y 191.4 de la LCSP). En el caso concreto analizado, dicha competencia se encuentra atribuida a la Junta de Gobierno del CIATF (cláusula 2, apartados 1º y 2º del Pliego).

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1. Mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular del Cabildo de Tenerife, fechado el día 21 de diciembre de 2021, se aprueba el gasto plurianual correspondiente a la siguiente licitación: *«Suministro de Energía Eléctrica en Media Tensión y Baja Tensión de las Instalaciones del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, Exp. 2021/119 (...)»*.

2. Con fecha 30 de diciembre de 2021 se emite Decreto de la Presidencia del CIATF por el que se resuelve lo siguiente:

«PRIMERO.- Declarar la tramitación de urgencia del expediente prevista en el artículo 119 LCSP toda vez que consta informe técnico emitido por el Área de Infraestructura Hidráulica del Organismo con fecha 16 de diciembre de 2021 sobre la repercusión económica que tiene para la gestión de esta Administración la aplicación de la Tarifa de último recurso por no disponer de contrato suscrito con comercializadora del mercado por causas imprevisibles y no imputables a esta Administración.

SEGUNDO.- Iniciar y aprobar el expediente administrativo de contratación del “SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN MEDIA TENSIÓN Y BAJA TENSIÓN DE LAS INSTALACIONES DEL CONSEJO INSULAR DE AGUAS DE TENERIFE” (EXP: 2021/119), con un presupuesto de licitación de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (18.799.554,44 €) (IGIC no incluido), y un plazo de UN (1) AÑO, por procedimiento negociado sin publicidad, tramitación anticipada (art. 117.2 LCSP) y de urgencia.

TERCERO.- Aprobar los pliegos de cláusulas administrativas y de condiciones técnicas particulares que han de regir la contratación del "SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN MEDIA TENSIÓN Y BAJA TENSIÓN DE LAS INSTALACIONES DEL CONSEJO INSULAR DE AGUAS DE TENERIFE" (EXP: 2021/119).

CUARTO.- Autorizar un importe ascendente a DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA Y OCHO CÉNTIMOS (18.800.948,88 €) (IGIC aplicable incluido) habiendo sido aprobado definitivamente el gasto futuro correspondiente mediante acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de 21 diciembre de 2021 con cargo a la aplicación presupuestaria siguiente, por lo que la adjudicación del contrato queda condicionada a la existencia de crédito adecuado y suficiente en los ejercicios futuros: (...).

QUINTO.- Cursar carta de invitación a las siguientes empresas del sector: (...) . Concediendo al tal efecto un plazo de diez (10) días naturales contados desde la fecha de envíe la comunicación de invitación. Cuando el último día del plazo señalado para la presentación de las proposiciones sea inhábil, se entenderá prorrogado hasta el primer día hábil siguiente. Las ofertas deberán presentarse por medios electrónicos, a través del perfil del contratante del Consejo Insular de Aguas de Tenerife (www.aguastenerife.org), alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público. No se admitirán las ofertas que no sean presentadas por medios electrónicos.

(...)

SÉPTIMO.- Disponer la apertura del procedimiento de adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad, tramitación de urgencia, art. 168.b) 1º LCSP, en los términos previstos en los Pliegos que rigen la presente contratación (...).

OCTAVO.- Dar traslado de la presente resolución a la Junta de Gobierno en la próxima sesión que se celebre».

3. El día 19 de enero de 2022 la Junta de Gobierno del CIATF adopta -en sesión ordinaria- el siguiente acuerdo:

«Dación de cuenta para su aprobación y ratificación del Decreto de la Presidencia - dictado por razones de urgencia-, por el que se inicia y aprueba el expediente administrativo de contratación del "SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN MEDIA TENSIÓN Y BAJA TENSIÓN DE LAS INSTALACIONES DEL CONSEJO INSULAR DE AGUAS DE TENERIFE" (EXP: 2021/119), con un presupuesto de licitación de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (18.799.554,44 €) (IGIC no incluido), y un plazo de UN (1) AÑO, por procedimiento negociado sin publicidad, tramitación anticipada (art. 117.2 LCSP), así como propuesta de delegación en la Presidencia del CIATF de la tramitación del expediente de contratación de referencia.

La Junta de Gobierno, visto el Decreto de la Presidencia del CIATF de fecha 30 de diciembre de 2021 -dictado por razones de urgencia-, por el que se inicia y aprueba el expediente administrativo de contratación del "SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN MEDIA TENSIÓN Y BAJA TENSIÓN DE LAS INSTALACIONES DEL CONSEJO INSULAR DE AGUAS DE TENERIFE" (EXP: 2021/119), con un presupuesto de licitación de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (18.799.554,44 €) (IGIC no incluido), y un plazo de UN (1) AÑO, por procedimiento negociado sin publicidad, tramitación anticipada (art. 117.2 LCSP), así como propuesta de delegación en la Presidencia del CIATF de la tramitación del expediente de contratación de referencia, acuerda por mayoría con la abstención de (...), quedar enterada del mismo y ratificarlo en todos sus términos».

4. Dentro del plazo conferido al efecto, presentó oferta una única empresa - «(...)»- de las cuatro que resultaron invitadas a participar en el procedimiento negociado sin publicidad, llevándose a cabo con ella los trámites de negociación previstos en la cláusula 16 del Pliego, habiéndose obtenido una oferta final ascendente a 18.799.433,90 € -impuestos no incluidos-.

5. Con fecha 28 de enero de 2022 se requiere a la empresa «(...)» para que, dentro del plazo de diez días hábiles desde el día siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presentase la documentación señalada en la cláusula 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la presente contratación.

Requerimiento que es debidamente cumplimentado por la empresa licitadora.

6. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento de licitación (en la forma descrita en la cláusula 17 del Pliego), y mediante Decreto de la Presidencia del CIATF de 25 de febrero de 2022, se acuerda «ADJUDICAR la contratación de "SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN MEDIA TENSIÓN Y BAJA TENSIÓN DE LAS INSTALACIONES DEL CONSEJO INSULAR DE AGUAS DE TENERIFE" -EXPEDIENTE 2021/119- a la empresa (...) (NIF (...)) por un presupuesto de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS (18.799.433,90 €) -IGIC no incluido- y un plazo de UN (1) AÑO a contar desde la formalización del contrato, o, en su caso, a partir de la fecha en que se produzca la primera activación de cualquiera de los puntos de suministro contratados».

Contrato de suministro que es objeto de formalización en documento administrativo el día 25 de marzo de 2022, dando comienzo a su ejecución el día 31 de marzo de 2022 -folio 1520-.

III

En cuanto a la tramitación del expediente de modificación contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Con fecha 30 de enero de 2023 el Área de Infraestructura Hidráulica del CIATF emite *«informe propuesta modificado n.º 1 del contrato (...)»* de referencia, al considerar *« (...) que existen argumentos de razón para la modificación del contrato de Suministro de Energía Eléctrica en Media y Baja Tensión de las Instalaciones del CIATF (exp. 2021/119), al haberse producido circunstancias sobrevenidas imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, concurriendo además las condiciones exigidas en el artículo 205 2.b) de la LCSP. Es por ello que SE PROPONE incrementar el crédito del vigente contrato de Suministro de Energía Eléctrica en Media y Baja Tensión de las Instalaciones del CIATF (exp. 2021/ 119) en la cantidad de CUATRO MILLONES SETECIENTOS MIL DOSCIENTOS SIETE EUROS CON SIETE CÉNTIMOS (4.700.207,07€), para atender los gastos estimados del contrato hasta su finalización, el próximo 30 de marzo».*

La modificación contractual planteada se fundamenta en las siguientes circunstancias:

«Conforme al Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares que rige el contrato, la mayor parte de los suministros se encuentra contratada en la modalidad indexada al pool horario (Tarifas 6.1TD y 3.0TD), quedando en la modalidad de precio fijo por periodo únicamente los suministros de menor cuantía (Tarifa 2.0TD).

El precio de la energía, en la modalidad indexada al pool horario, se calcula sumando al Precio del Mercado Diario de la electricidad -establecido por el Operador del Mercado Ibérico de Energía (OMIE) y ponderado según consumo horario-, los Sobrecostes de Mercado que la legislación establece para la demanda de energía y los Costes de Gestión (CG) -que es realmente lo que ofertan los licitadores, en €/MWh, valor único y fijo, invariable durante la vigencia del contrato y donde se incluyen las garantías necesarias para gestionar la energía en OMIE, además del coste financiero. Por lo tanto, el precio de la energía en esta modalidad - y, en consecuencia, el presupuesto del contrato depende fundamentalmente del precio del mercado diario de la electricidad.

En este sentido, hay que decir que el presupuesto del contrato fue elaborado en el mes de diciembre de 2021, en el que el mercado de futuros de la electricidad apuntaba un punto de inflexión de los precios a partir del primer trimestre de 2022.

No obstante, el estallido de la guerra en Ucrania a finales de febrero de 2022 provocó un fuerte impacto en la economía europea y muy concretamente en el precio de la energía debido a la alta dependencia de muchos países europeos del suministro de gas ruso. Esta coyuntura geopolítica sobrevenida ha provocado un fuerte repunte de los precios de la electricidad, no sólo en España, sino en toda Europa.

Considerando los incrementos ya registrados hasta la fecha del presente informe y las previsiones realizadas por este Departamento de Explotación de Infraestructuras Hidráulicas hasta la finalización del contrato, se ha estimado que esta situación va a provocar un incremento del 25% sobre los importes inicialmente presupuestados en el contrato, lo que corresponde a una cantidad de CUATRO MILLONES SETECIENTOS MIL DOSCIENTOS SIETE EUROS CON SIETE CÉNTIMOS (4.700.207,07€) (...) ».

2. Con fecha 22 de febrero de 2023 se emite informe jurídico de la Sección Administrativa de Contratación del CIATF por el que se propone *«recabar dictamen preceptivo al Consejo Consultivo de Canarias sobre la MODIFICACIÓN N°1 del CONTRATO “SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN MEDIA Y BAJA TENSIÓN DE LAS INSTALACIONES DEL CONSEJO INSULAR DE AGUAS DE TENERIFE” (Exp.: 2021/119)».*

3. Mediante oficio de 9 de marzo de 2023 del Gerente del CIATF (con registro de entrada en esta Institución consultiva el día 13 de ese mismo mes y año), se solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo dispuesto en su ley reguladora. Como ya se ha advertido anteriormente, la solicitud de dictamen no viene acompañada de la copia del Decreto del Presidente del CIATF, de 28 de febrero de 2023, a que se refiere el oficio remitido por la Gerencia de aquel Organismo Autónomo.

IV

1. Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, resulta necesario efectuar las siguientes consideraciones respecto a la tramitación del presente procedimiento administrativo. Y es que, a la vista de la documentación remitida a este Consejo Consultivo, se constata la incompleta tramitación del expediente administrativo de referencia, lo que impide la emisión de un juicio de adecuación jurídica respecto al tema de fondo.

En efecto, el procedimiento de modificación contractual emprendido por el CIATF aparece integrado, única y exclusivamente, por el *«informe propuesta modificado n.º 1 del contrato “Suministro de energía eléctrica en media y baja tensión de las instalaciones del Consejo Insular de Aguas de Tenerife (2021/119)”»*, confeccionado por el Área de Infraestructura Hidráulica del CIATF con fecha 30 de enero de 2023, así como por informe emitido por el Área de contratación, habiéndose obviado, en consecuencia, lo que a tales efectos -procedimentales- se indica en la cláusula 28 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, especialmente, en sus apartados 1º, 5º, 7º a 10º (en relación con lo dispuesto en los arts. 191.1 y 203 y

ss. LCSP), a cuya atenta lectura y aplicación procede remitirnos en este concreto momento.

Por lo demás, tampoco se somete a la consideración de este Consejo Consultivo de Canarias la correspondiente Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento administrativo instruido.

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, se entiende oportuno retrotraer las actuaciones a los efectos de que, por parte del órgano instructor, se proceda a tramitar en debida forma el correspondiente procedimiento administrativo de modificación contractual, con estricta observancia de las garantías y trámites esenciales del procedimiento legalmente establecido. Y, una vez concluida la referida tramitación, y formulada la correspondiente Propuesta de Resolución, ésta habrá de ser elevada a este Consejo Consultivo de Canarias a los efectos de emitir dictamen preceptivo de conformidad con su ley reguladora y la normativa en materia de contratación pública.

C O N C L U S I Ó N

La modificación contractual planteada por el CIATF se entiende que no es conforme a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento en los términos expuestos en el Fundamento IV de este Dictamen.