

Dictamen Núm. 95/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de mayo de 2021, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 26 de abril de 2021 -registrada de entrada el día 29 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la novena modificación del contrato de limpieza viaria, recogida de residuos, retirada de vehículos de la vía pública y realización de obras de ejecución subsidiaria en el término municipal de Oviedo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 27 de julio de 2005, se adjudica a, por procedimiento abierto y mediante concurso, el contrato de concesión de la gestión de los servicios públicos de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos, la recogida y depósito de vehículos de la vía pública y la realización de obras de ejecución subsidiaria, incluida la elaboración de la documentación técnica.

El contrato se adjudica por un plazo de diez años a contar desde la firma del acta de comienzo de ejecución de los servicios, prorrogable en los términos que luego veremos y por los siguientes precios: a) Servicios de limpieza viaria y

recogida de residuos urbanos 12.899.524,20 euros/año, de los que 12.365.994,09 euros/año corresponden a los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos propiamente dichos y 533.530,11 euros/año a la gestión de la estación de transferencia del Polígono Industrial Espíritu Santo. b) Servicio de recogida de vehículos de la vía pública y su depósito 1.366.822,20 euros/año. c) Realización de obras de ejecución subsidiaria, incluida la elaboración de la documentación técnica: precios unitarios resultantes de aplicar el porcentaje de baja del 18 % sobre los precios unitarios máximos reseñados en el anexo XI del pliego de condiciones técnicas, con un coste máximo estimado de 300.000 euros/año.

El día 15 de noviembre de 2005 se formaliza el contrato en escritura pública que figura incorporada al expediente.

2. En cuanto a su duración, el pliego de condiciones administrativas particulares que lo rige establece en su artículo 4.º que “el contrato tendrá una duración de diez años (...) a partir del día de la firma del acta de comienzo de ejecución de los servicios”, si bien en el apartado 3 de este mismo artículo se estipula que “podrá ser prorrogado por dos periodos de cinco años cada uno”.

Habiendo tenido lugar la firma del acta de comienzo de ejecución de los servicios el 1 de febrero de 2006, el contrato debería haber concluido el 31 de enero de 2016. No obstante, con anterioridad a esta fecha la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, en sesión celebrada el 31 de julio de 2015, acordó “prorrogar por un año el contrato (...) al objeto de revisar durante dicho plazo los términos” del mismo. Finalmente, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 29 de enero de 2016, acordó la primera prórroga del contrato por cinco años.

3. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, en sesión celebrada el 12 de diciembre de 2019, aprobó por unanimidad fuera del orden del día una propuesta formulada por la Sección de Contratación el día anterior en la que se da cuenta de la subrogación de un nuevo contratista en la posición del inicial en

una serie de contratos, entre los que se encuentra el relativo a la presente modificación.

4. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, en sesión celebrada el 5 de junio de 2020, aprobó por unanimidad fuera del orden del día y en un asunto declarado previamente urgente por unanimidad, “la segunda y última prórroga” del contrato de referencia por un plazo de duración de cinco años a contar desde el 1 de febrero de 2021.

5. A los efectos que ahora interesan, el pliego de condiciones administrativas particulares que lo rigen dedica su artículo 21.º a las “prerrogativas y derechos del Ayuntamiento”, recogándose en su apartado 2 que “el Ayuntamiento podrá modificar las características de la concesión por razones de interés público debidamente justificadas”, añadiendo en el apartado 3 que “cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato el Ayuntamiento compensará al concesionario de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos considerados básicos en la adjudicación./ En el caso de que los acuerdos adoptados no tengan trascendencia económica el concesionario no tendrá derecho a indemnización”.

Por su parte, el pliego de condiciones técnicas del concurso determina en su artículo 5 -“ampliaciones y reducciones”- que el Ayuntamiento de Oviedo “podrá exigir del adjudicatario la modificación, ampliación o reducción de los servicios contratados./ La ampliación de servicios en el caso de que conlleve un aumento de los medios a utilizar o modifique sensiblemente su organización será facturado a los precios unitarios vigentes en cada momento./ De no existir precios unitarios para los trabajos objeto de ampliación se redactarán las oportunas actas de precios contradictorios./ Las reducciones, siempre que no supongan más del 10 % del importe total anual del servicio a reducir, serán deducidas de los pagos correspondientes aplicando asimismo los precios unitarios vigentes en el momento (...). En cuanto a la determinación de los aumentos a aplicar, se entenderá que proceden cuando se pueda demostrar por el contratista, y sea aceptado por la Corporación, que no resulta posible

dicha ampliación sin aumento de los recursos humanos y materiales, y si ello es así el precio aumentará solo en la medida necesaria para costear dicho aumento de medios humanos y materiales”.

6. El contrato ha experimentado desde su inicio trece revisiones de precio y ha sido objeto de ocho modificaciones, la mayoría de ellas referidas a los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos.

7. Con estos antecedentes, el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos del Ayuntamiento de Oviedo propone, en un informe de 25 de noviembre de 2020 -complementado posteriormente por otro de 13 de enero de 2021-, una nueva modificación del contrato para recoger las siguientes ampliaciones: recuperar la recogida de basura en la zona urbana de los domingos y festivos, la utilización de un camión eléctrico, la regularización de contenedores, la ampliación del servicio de fregado de aceras con decapadora y la inclusión de los servicios de limpieza en zonas de ampliación de la ciudad.

En estos informes se detallan pormenorizadamente los presupuestos de la modificación que se tramita y se razona la improcedencia de convocar una nueva licitación por las unidades o prestaciones que la integran.

Comenzando por la recuperación de la recogida de basura en la zona urbana los domingos y festivos, prestación que sí se establecía en la adjudicación inicial del contrato pero que fue eliminada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de diciembre de 2010, se justifica señalando que “en la adjudicación del contrato del año 2005 los (pliegos de condiciones técnicas) no incluían en las fracciones a recoger la materia orgánica, puesto que no apareció hasta el año 2011 la Ley 22/2011 de Residuos y Suelos Contaminados, donde se establece que las autoridades competentes deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que, antes de 2020, la cantidad de residuos domésticos y comerciales destinados a la preparación para la reutilización y el reciclado para las fracciones de papel, metales, vidrio, plástico, biorresiduos u otras fracciones reciclables alcance, en conjunto, como mínimo el 50 % del peso./ Con el objetivo de dar cumplimiento a lo recogido, la Junta de Gobierno,

en sesión celebrada el 22 de febrero de 2019, aprobó entre otras cosas la recogida separada de la materia orgánica (biorresiduos) en los días en los que se está recogiendo en la actualidad, es decir, sin domingos y festivos; consecuentemente al recuperar la recogida en domingos y festivos se incluye esta fracción también./ Los domingos al utilizar los camiones compartimentados se recogerán las fracciones resto y materia orgánica, por lo que esta última se recogerá los domingos en toda la ciudad, mientras que los festivos al tener que recoger más fracciones se recogerá la fracción orgánica solo en las zonas que corresponda por el día de la semana en que caiga./ Consecuentemente la fracción orgánica se pasará a recoger cuatro días a la semana en toda la ciudad, los tres días que corresponden a cada una de las dos zonas en las que está dividida, más los domingos en ambas (...). Esta reducción del contrato debido en su día a causas económicas supuso una disminución del servicio que se estaba dando a los ciudadanos, lo que ocasionó cierto malestar al tener que retener la basura esos días en sus viviendas o en otros casos, como algunos hosteleros, tener que gestionarla con medios propios". Desde otro punto de vista se informa que, "dado que el servicio de recogida de basuras en la zona urbana domingos y festivos ya está incluido dentro de los trabajos que recogen los pliegos del actual contrato, entendemos que la recuperación del mismo es inescindible de aquel, por lo que no procedería la licitación independiente del mismo".

En lo que respecta a la "utilización de un camión eléctrico", en el informe de 25 de noviembre de 2020 el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos del Ayuntamiento de Oviedo indica que "cuando se adjudicó la concesión de gestión de los servicios públicos de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el año 2005 no estaba desarrollada la tecnología de camiones recolectores de propulsión eléctrica para su incorporación en el servicio, ni tampoco se podía prever por donde se iba a desarrollar la tecnología de propulsión, pues además de la electricidad existen alternativas como el hidrógeno./ Por otro lado, el vehículo recolector está ofrecido de forma gratuita para el Ayuntamiento durante los cinco años de prórroga del contrato, salvo los costes de funcionamiento. Entendemos que en la modificación del contrato

concurrer razones de interés público, necesidades nuevas por causas imprevistas, no afecta a ninguna condición esencial del contrato y son de naturaleza inescindible de aquel, puesto que los camiones recolectores están en el actual contrato; por todo ello no procede la licitación independiente del mismo". Con respecto a esta misma modificación, en el informe complementario de 13 de enero de 2021 el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos informa que "el aumento del precio del contrato viene derivado de que si bien los gastos de amortización siguen abonándose por el vehículo de reserva, los de explotación solo se generarán por el nuevo vehículo eléctrico adquirido por las necesidades técnicas./ La incorporación de este nuevo vehículo recolector significará una notable mejora para el servicio, pues además de disminuir de forma sustancial las molestias por ruido que se ocasionan al realizar la recogida de residuos durante la noche elimina todas las emisiones contaminantes por tubo de escape./ Por otro lado, no procede la adquisición de forma directa por parte del Ayuntamiento mediante licitación porque supondría un desembolso muy sustancial, al ser estos vehículos en la actualidad mucho más caros que un recolector de propulsión normal de las mismas características y que al ofrecerse de forma gratuita se evita./ La adquisición del vehículo tiene en cuenta el carácter 'inescindible' con respecto a las prestaciones inicialmente pactadas, que harían prácticamente imposible la convivencia, sin solapamientos indeseables y además antieconómico, pues se asumiría la amortización del vehículo de reserva y por el nuevo en caso de adquirirlo sus nuevos costes".

En cuanto a la tercera modificación -"regularización de contenedores"-, se indica que "tanto en el año 2019, como en lo que va de 2020, se han tenido que incorporar al servicio 1.264 contenedores de 750/800 litros de plástico y 704 de 240 litros para dar servicio a nuevos puntos de recogida, sustitución de los que por su deterioro no pueden seguir utilizándose, los que a pesar de estar rotulados con el escudo de Oviedo han desaparecido de sus ubicaciones de la zona rural y los que se tienen en depósito para reposiciones o utilización en actividades municipales, como fiestas populares, actos públicos, eventos, etc. (...). Los contenedores ya están incluidos en los pliegos del actual contrato, y

aunque se recoge una tasa de reposición esta quedó pequeña por las razones expuestas, por lo que entendemos que el incremento del número de ellos es de naturaleza inescindible de aquel, no procediendo la licitación independiente”.

La cuarta modificación del contrato supone la “ampliación del servicio de fregado de aceras con decapadora”. En su informe de 25 de noviembre de 2020 el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos reseña que “con la aprobación por la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el 5 de junio de 2020, de la segunda y última prórroga del contrato (...) la empresa se comprometió, entre otras cosas, a aportar una máquina de limpieza de pavimento (fregadora) marca CMAR a coste cero para el Ayuntamiento de amortización y financiación durante los cinco años de la prórroga; no obstante este material, aun siendo gratis para el Ayuntamiento, tiene los correspondientes gastos de explotación (conductor, combustible, seguro, etc.) para poder utilizarlo (...). Dado que el servicio de fregado de aceras con decapadora ya está incluido dentro de los trabajos que se realizan en el actual contrato, entendemos que la inclusión de una máquina más es de naturaleza inescindible de aquel, por lo que no procedería la licitación independiente de la misma”. Con respecto a esta modificación, en el informe complementario de 13 de enero de 2021 el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos añade que “con el fregado de aceras con decapadoras se consiguen unos niveles de limpieza muy elevados, aunque tienen el inconveniente de obtener unos rendimientos muy bajos, del orden de aproximadamente 900 m² por jornada laboral, pues la máquinas avanzan muy lentamente. Como referencia indicar que tenemos aproximadamente 1.073.708 m² de aceras./ El servicio se puso en marcha el año 2016 con tres máquinas, una se empleaba en la zona A y dos en la zona B; evidentemente no se podía cubrir toda la superficie de esas zonas, por lo que solo se actuaba en las aceras que peor estaban./ Este servicio desde su inicio y debido a los niveles de limpieza que deja en las aceras generó muchas peticiones de personas y colectivos para actuar en sus zonas, por lo que el Ayuntamiento decidió en otra ampliación del año 2017 reforzarlo con dos máquinas más y se amplió su utilización a toda la ciudad y zona rural./ No obstante, aunque se incrementaron fregadoras también lo hizo la superficie a limpiar con más

metros cuadrados, por lo que en la actualidad se tienen establecidas frecuencias tanto en la zona A como en la B y una fregadora está doblando jornada./ Con la utilización de forma gratuita en amortización y financiación de la nueva decapadora que ahora se ofrece se van a conseguir disminuir estas frecuencias y consiguientemente una mejora del servicio./ Por otro lado, no procede la adquisición de la decapadora de forma directa (...) mediante licitación porque supondría un desembolso muy sustancial que tendría que acometer el Ayuntamiento y que al ofrecerse de forma gratuita se evita./ La adquisición de la decapadora tiene en cuenta el carácter `inescindible` con respecto a las prestaciones inicialmente pactadas, que harían prácticamente imposible la convivencia, sin solapamientos indeseables y además antieconómico, pues se tendrían que asumir los costes de amortización en caso de adquirirla directamente”.

Sobre la quinta modificación del contrato -“inclusión de los servicios de limpieza en zonas de ampliación de la ciudad”- se razona que “con la evolución de la ciudad van apareciendo nuevas urbanizaciones que conllevan la aparición de nuevos espacios públicos que tienen que dotarse de los servicios de limpieza. Inicialmente se hacen con trabajos extraordinarios, modulando su frecuencia con el grado de utilización de los mismos y consecuentemente con la suciedad que se produce./ Cuando las frecuencias alcanzan niveles de las zonas próximas se regularizan en una ampliación del servicio./ En la actualidad se pretenden regularizar los servicios de limpieza de la zona que va de La Florida a Las Campas y una mejora de frecuencias en San Claudio, Zona del Vasco recientemente inaugurada y en la Manjoya la zona denominada Urazca (...). Dado que estos servicios de barrido y baldeo ya están incluidos dentro de los trabajos que se realizan en el actual contrato, entendemos que la ampliación de los mismos es de naturaleza inescindible de aquel, por lo que no procedería la licitación independiente de los mismos”.

En su conjunto la propuesta de modificación “produciría un incremento de contrato con la última revisión de precios aprobada del año 2019 de 571.482,38 €, IVA incluido (limpieza viaria 248.893,10 €, IVA incluido, y recogida de residuos sólidos urbanos 322.589,28 €, IVA incluido) y

519.529,44 € sin IVA (limpieza 226.266,46 €, sin IVA, y recogida de residuos sólidos urbanos 293.262,98 €, sin IVA).

Tras detallar el reflejo económico del monto total que sobre el precio primitivo del contrato suponen las ampliaciones y, en su caso, reducciones de las diferentes modificaciones, concluye que, "consecuentemente con todo lo anterior, si se considera la ampliación del año 2007 el total de las ampliaciones, incluida esta que se propone ahora, es de 4.785.329,56 €/año y el de reducciones 1.149.227,34 €/año, por lo que la diferencia es un incremento de 3.636.102,22 €/año, representando un 27,98 % con respecto a la adjudicación total del año 2005".

8. Obra incorporado al expediente un escrito de 30 de septiembre de 2020, en el que la empresa concesionaria manifiesta su "conformidad con la ampliación de 2020 del contrato en vigor".

9. Figuran a continuación diversos documentos contables relativos a la propuesta de gasto y retenciones de crédito correspondientes a este ejercicio y a los posteriores.

10. En una propuesta de resolución, sin fecha, que se encuentra incorporada al expediente el Coordinador de la Sección de Contratación propone, en un primer apartado, "aprobar la modificación del contrato en los términos señalados en los informes emitidos por el Responsable del contrato de fecha 15-11-2020 (y 25-11-2020 (...)), quedando fijado el importe del contrato en la recogida de basuras: 7.662.838,51 €/año y para la limpieza viaria: 13.788.889,17 €/año. Asimismo, el servicio de retirada y depósito de vehículos, quedando fijado en 1.413.099,08 €/año, IVA excluido. En cuanto al precio por la ejecución subsidiaria de las obras, tratándose de un presupuesto máximo (300.000 €/año), este se ha mantenido invariable". En un segundo apartado propone "requerir a (la adjudicataria) para que, previamente a la formalización de la modificación en documento administrativo, proceda al reajuste de la garantía definitiva constituida en relación con los servicios de limpieza viaria y

recogida de residuos sólidos, por importe (de) 103.805,90 € (4 % del importe resultante de considerar el incremento anual por la limpieza viaria más el incremento anual por la recogida de residuos sólidos, por el plazo de duración de la prórroga)”.

11. El día 12 de marzo de 2021 la Abogada Consistorial y Directora General de la Asesoría Jurídica informa sobre la modificación que se propone. Indica que el contrato “se rige, además de por lo previsto en el pliego de condiciones, por la normativa vigente en el momento de su adjudicación; es decir, TRLCAP, Real Decreto Legislativo 2/2000”. Tras reproducir los artículos 20.4 y 21 del pliego de condiciones administrativas particulares y 5 del pliego de condiciones técnicas, y referenciar lo establecido en los artículos 59, 101, 112.2 y 167 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pone de relieve que “las modificaciones propuestas solo afectan a los servicios de limpieza y recogida de residuos, y suponen un porcentaje de variación del 27,98 % sobre el precio de adjudicación del año 2005, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias e informe de la Comisión Especial de Cuentas (...). La modificación contractual requerirá el ajuste de la garantía definitiva y su formalización en documento administrativo con carácter previo a su entrada en vigor (...). Por la empresa concesionaria se ha manifestado su conformidad con la modificación contractual”.

Finalmente, propone “aprobar la modificación del contrato en los términos señalados en los informes emitidos por el Responsable del contrato de fecha 15 y 25 de noviembre de 2020 (...). Requerir a (la adjudicataria) para que, previamente a la formalización de la modificación en documento administrativo, proceda al reajuste de la garantía definitiva constituida (...), por importe de 103.805,90 € (4 % del importe resultante de considerar el incremento anual por la limpieza viaria más el incremento anual por la recogida de residuos sólidos por el plazo de duración de la prórroga)”.

12. Figura incorporado el expediente un "informe de fiscalización limitada previa" que suscriben una Asesora de Intervención General y el Interventor General del Ayuntamiento de Oviedo. En él se deja constancia de los documentos contables "RC" que figuran en el expediente, de los que resulta que "existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para atender el gasto derivado del aumento de la subvención (*sic*) anual", y de que el órgano competente para la aprobación del expediente es la Junta de Gobierno Local, añadiendo que "existe informe de la Letrada Consistorial de 16 de marzo de 2021".

Señalan que "la posibilidad de modificar el contrato se encuentra prevista en los pliegos", e invocan a estos mismos efectos los artículos 59 y 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reseñando como "doctrina general" en esta materia que "la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tiene declarado reiteradamente que `celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato (...) la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada (...)´ (Informes 48/95, 47/98, 52/00, 59/00, 50/03 y 23/11, entre otros)", y cita a continuación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de noviembre de 2002, en la que se determina que "a través de la prerrogativa de la modificación de la Administración no se pueden alterar completamente sus elementos esenciales, el contrato originario", precisando que esta misma doctrina es recogida reiteradamente por el Consejo de Estado y los Consejos Consultivos cuando señalan que "el contrato, a pesar de la modificación, ha de seguir siendo reconocible (...)´. O que los perfiles introducidos en las prestaciones asumidas por el contratista no representan alteración sustancial con respecto a los servicios inicialmente convenidos, de tal modo que una vez modificado el contrato continúa siendo plenamente reconocible (Dictamen 11/08 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid)".

De ello deducen que "son tres, fundamentalmente, las condiciones que exige el legislador para poder acordar la modificación de un contrato sin que se

infrinjan las normas por las que se rige (...): Que la modificación se deba a necesidades nuevas o causas imprevistas (...). Que las condiciones en que se adjudicó el contrato no pueden alterarse sustancialmente por la vía de la modificación y (...) Que la modificación se realice siempre en beneficio del interés general o interés público y no en beneficio del contratista”.

Aplicado lo anterior a la modificación que se propone, consideran que la misma “obedece, en parte, a la necesidad de dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, el resto de las propuestas no parece que correspondan a causas imprevistas, pero sí a necesidades nuevas en relación con el interés general del municipio, justificando el servicio responsable la improcedencia de convocatoria de una nueva licitación”.

Concluyen que “del análisis de la documentación obrante en el expediente (...) se concluye que la fiscalización del mismo es favorable./ Con carácter previo a la aprobación por la Junta de Gobierno son preceptivos el informe de la Comisión Especial de Cuentas y el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

13. El día 30 de marzo de 2021 la Comisión Especial de Cuentas del Ayuntamiento de Oviedo propone, por unanimidad, aprobar “la modificación del contrato en los términos señalados en los informes emitidos por el Responsable del contrato de fecha 15-11-2020 y 25-11-2020”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de abril de 2021, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de novena modificación del contrato de limpieza viaria, recogida de residuos, retirada de vehículos de la vía pública y realización de obras de ejecución subsidiaria en el término municipal de Oviedo, adjuntando a tal fin una copia del expediente en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio.

Nuestro pronunciamiento se efectúa a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- La calificación del contrato al que se refiere el asunto que analizamos se corresponde, atendida su naturaleza, con la del administrativo de gestión de servicios públicos.

Adjudicado el contrato mediante acuerdo de 27 de julio de 2005, esto es, vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, para determinar el régimen jurídico aplicable a la modificación contractual ha de partirse de lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a cuyo tenor “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”.

En consecuencia, atendiendo a la fecha en la que el contrato que examinamos se adjudicó -27 de julio de 2005-, la modificación ha de regirse por el derecho vigente en el momento de su celebración; en concreto, el ya citado TRLCAP y el Reglamento General de dicha Ley (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, si bien es cierto que, tal como afirmó este Consejo en su Dictamen Núm. 110/2015, en coincidencia con lo

dictaminado por otros Consejos Consultivos y Juntas de Contratación Administrativa autonómicas, “el respeto al Derecho de la Unión Europea exige introducir en el régimen de modificación de los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible los oportunos correctivos en forma de interpretación conforme a la legislación anterior con la doctrina elaborada por el TJUE”, añadiendo a continuación que “ello exige, en primer lugar, que la modificación del contrato esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación y que, de no hallarse prevista, no afecte a ninguna condición esencial del contrato; de lo contrario, lo procedente sería resolver este y adjudicar uno nuevo mediante el correspondiente procedimiento”. De este modo se plasman las exigencias derivadas de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, y 19 de junio de 2008, caso *Pressetext*, que también han encontrado reflejo en los informes de diferentes Juntas Consultivas de Contratación Administrativa; por ejemplo, en el 8/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el sentido de que un poder adjudicador diligente debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación y que no resultan admisibles las modificaciones sustanciales de un contrato.

Tales exigencias han sido interpretadas por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Informe 5/10, de 23 de julio de 2010. En él, partiendo de que la determinación de cuándo una modificación contractual afecta a las condiciones esenciales del contrato solo puede hacerse mediante el análisis de cada caso concreto, se establece que para decidir “si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte, que tal circunstancia de conformidad con las reglas de criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato”.

También ha de tenerse presente que, aunque la normativa aplicable sea la vigente al tiempo de celebrarse el contrato, no puede obviarse que el

régimen hoy vigente sobre las modificaciones contractuales es más restrictivo por exigencias del derecho de la Unión Europea, lo que ha de operar como parámetro interpretativo.

De conformidad con esta interpretación de los requisitos exigidos para habilitar una modificación contractual, y con el pliego de cláusulas administrativas particulares descifradas conforme a lo razonado, el contrato se ejecutará con estricta sujeción a las cláusulas del citado pliego y del de prescripciones técnicas, así como de acuerdo con la propuesta de servicio que el adjudicatario haya efectuado en su oferta y siguiendo las instrucciones que, en ejercicio de las potestades administrativas de dirección, inspección y control, diere al contratista el responsable municipal encargado de tales funciones, pudiendo el órgano de contratación introducir modificaciones en los elementos integrantes del mismo cuando concurren razones justificadas de interés público con los límites y en los términos y condiciones establecidos en la ley.

TERCERA.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del TRLCAP, la Administración “podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente (...) y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla”. Ejemplo de estas es la potestad de modificar los elementos integrantes del contrato administrativo una vez perfeccionado, a la que se refieren los artículos 59, 101 y 163 del TRLCAP, este último relativo al contrato de gestión de servicios públicos.

La posibilidad de que el órgano de contratación modifique los contratos celebrados implica una prerrogativa especialmente privilegiada de la Administración, por cuanto supone una excepción al principio de invariabilidad que preside, como norma general, las relaciones contractuales, y en atención a ello dicha potestad se encuentra reglada en su ejercicio, debiendo someterse de forma estricta a las exigencias del interés público y a los precisos límites que, para la protección de ese interés, impone la legislación.

El artículo 101.1 del TRLCAP, norma aplicable al caso, establece que “Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá

introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”.

Desde un punto de vista material o sustantivo, la modificación ha de responder a razones de interés público, debiendo ser consecuencia de necesidades nuevas o causas imprevistas, que habrán de quedar debidamente justificadas. En todo caso, las causas no previstas no pueden confundirse con defectos o imprevisiones del proyecto inicial, de tal modo que bajo dicho concepto solo encontrarían acomodo aquellas causas razonablemente imprevistas en el proyecto originario que, además, han de quedar convenientemente acreditadas, señalándose por qué no pudieron preverse en el proyecto primitivo y sí han de serlo en la modificación. Tampoco puede admitirse una genérica invocación de nuevas necesidades, que han de ser concretadas en cada caso de forma suficiente para evitar que, al amparo de una modificación contractual fundada en tales presupuestos, se eluda una nueva contratación, con el consiguiente quebranto de los principios de publicidad y concurrencia.

Así lo ha establecido el Consejo de Estado en el Dictamen 923/2001 en un caso muy similar al presente, en el que se señala expresamente que “una de las características esenciales del contrato de gestión de servicios públicos es la posibilidad que tiene la Administración contratante de modificar unilateralmente, en determinadas circunstancias, el contenido del contrato. Se trata del llamado *ius variandi* de la Administración, que implica una excepción singular de un principio general de la contratación, el de *pacta sunt servanda*, el de la obligatoriedad de lo concertado para todas las partes del contrato. Ello es una consecuencia de que todos los contratos administrativos están impregnados de una idea esencialmente finalista, que tiene que presidir necesariamente su desarrollo. La vinculación a la consecución del fin obliga, sobre todo en aquellos que, como la concesión de servicio público, no se agotan en una prestación única y ejecutada de una sola vez, a adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado”. Daba continuidad así el Consejo de Estado a lo que afirmó en su anterior Dictamen 4709/1998, en el

que sostenía que “se aprecia con suficiencia tanto el extremo de que existen nuevas necesidades municipales (con la ampliación de barrios que recibirían el servicio con ocasión del aumento del número de vecinos) como el hecho de que se han añadido nuevos requerimientos técnicos para la prestación de la actividad por parte de la Comunidad Autónoma y a la vista de la nueva regulación sectorial de la recogida selectiva de residuos”.

También resulta coincidente con lo expresado la posición de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de diferentes Comunidades Autónomas. Así, en el Informe 10/2012, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón se reconoce que en los contratos de gestión de servicios públicos el *ius variandi* de la Administración es más intenso que en el resto de contratos públicos típicos y goza de una amplia cobertura normativa, entre la que se cuenta “el artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (...), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 -precepto que, como todo el título III del que forma parte, ha sido declarado expresamente en vigor por la disposición derogatoria única, apartado 1.f), del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (...)-, que dispone textualmente: “La Administración concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las siguientes potestades (...): Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionase directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconseje el interés público”, y el mismo sentido mantiene en el Informe 8/2016, mencionado anteriormente.

Similar argumentación ha encontrado acogida también en nuestra jurisprudencia al declarar que, “sin embargo, la realidad es que los contratos administrativos son, ordinariamente, acuerdos de larga duración y no exentos de complejidad a la hora de ejecutar lo convenido, por las circunstancias imprevisibles (de orden técnico o económico) que puedan aparecer. De ahí que el principio fundamental *contractus lex inter partes* venga afectado, en la contratación administrativa, por otro principio: el de la “mutabilidad del contrato administrativo” (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1992 -ECLI:ES:TS:1992:324- Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

Por otro lado, la modificación de los contratos exige el cumplimiento de unos requisitos de naturaleza formal, en cuanto que el ejercicio de la potestad ha de ajustarse, en garantía del interés público, a las normas procedimentales que la justifican. Estas exigencias formales operan, al igual que los requisitos materiales, como límite respecto al ejercicio por parte de la Administración de su prerrogativa de modificación.

Los requisitos formales generales aplicables a las modificaciones de los contratos de gestión de servicios públicos son los establecidos en los artículos 97 y 102 del RGLCAP, a cuyo tenor resultan necesarias: una propuesta de la Administración o una petición del contratista; la justificación, descripción y valoración de la modificación; la audiencia del contratista; el informe del servicio competente; el informe de la Asesoría Jurídica y de la Intervención; el informe de fiscalización previa, y la aprobación del gasto complementario preciso y de la modificación.

Dispuesta por el órgano de contratación la modificación del contrato y notificada al contratista, deberá procederse al reajuste de la garantía definitiva en los términos de lo establecido en los artículos 41 y 42 del TRLCAP, debiendo formalizarse la modificación en documento administrativo o, si el contratista lo solicita y a su costa, en escritura pública, según las reglas contenidas en los artículos 101.2 y 54 del citado Texto Refundido.

El artículo 101.3 del TRLCAP establece requerimientos adicionales en el supuesto de que el precio del contrato alcance el límite de 6.010.121,04 € y las modificaciones impliquen alteraciones cuya cuantía sea igual o superior al 10 % del precio primitivo. Cuando se den tales circunstancias, como ocurre en el asunto examinado, deberá incorporarse al expediente, además de la memoria explicativa suscrita por el servicio encargado de la dirección y ejecución de las prestaciones contratadas que acredite la desviación que motiva la modificación, con expresión de las circunstancias no previstas, la justificación de la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación. Asimismo, habrá de librarse un informe de contenido presupuestario por el órgano competente en la materia,

que en este caso, de conformidad con lo señalado en la disposición adicional novena de la misma norma, será la Comisión Especial de Cuentas.

Si las modificaciones, aislada o conjuntamente, superan el porcentaje a que se ha hecho referencia anteriormente el expediente debe someterse a dictamen del Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.3 del TRLCAP.

Con independencia de cuál sea el precio del contrato, la modificación que suponga una variación, aislada o conjuntamente con otras anteriores, superior al 20 % del precio primitivo constituye una causa de resolución de aquel, por lo que para llevarla a cabo se requiere, además, la conformidad del contratista.

CUARTA.- Teniendo en cuenta las exigencias legalmente establecidas, y considerando que con la modificación propuesta el contrato, sumada a las anteriormente practicadas, ha experimentado una variación del 27,98 % sobre el precio primitivo, lo que supone un incremento de 3.636.102,22 € con respecto a la adjudicación del año 2005, observamos, en cuanto a los requisitos formales o procedimentales a los que debe ajustarse la modificación proyectada, que en la tramitación del procedimiento se han incorporado al expediente los preceptivos informes de la Asesoría Jurídica -que tratándose de una Administración local ha de evacuarse por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación- y de fiscalización favorable por parte de la Intervención. Se ha dado audiencia al contratista y se ha emitido un informe por parte de la Comisión Especial de Cuentas que, no obstante, carece del "contenido presupuestario" correspondiente a su objeto, según determina el artículo 101.3 del TRLCAP, limitándose a dictaminar "favorablemente" la modificación propuesta.

Sin embargo, de la documentación remitida se desprende que la conformidad del contratista se presta el 30 de septiembre de 2020, anticipándose de esta manera a los diferentes informes del Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos, fechados el 25 de noviembre de 2020, el primero de ellos, y el 13 de enero de 2021, el segundo, no existiendo justificación alguna para este desarrollo temporal de los hechos. En estas

condiciones resulta necesario que, con carácter previo a la aprobación de la modificación, se renueve por parte del contratista su conformidad con la modificación contractual en los términos que formula el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos del Ayuntamiento de Oviedo en estos informes o resulten de la conformidad con el presente dictamen.

QUINTA.- Se somete a nuestra consideración la propuesta de modificación de un contrato de gestión de servicios públicos que se desarrolla, desde hace más de quince años, en un marco social y jurídico que impone la progresiva ampliación del servicio y que, según resulta del expediente administrativo, ha experimentado desde su inicio trece revisiones de precio, ocho modificaciones que suponen una variación del 27,98 % sobre el precio primitivo, la ampliación de su plazo de duración inicial mediante dos prórrogas -la última de ellas acordada por el órgano de contratación justo antes de la incoación del procedimiento de modificación que nos ocupa- y la subrogación de un nuevo concesionario en la posición del contratista inicial en algunas de las prestaciones contractuales, por lo que antes de adentrarnos en la verificación de los requisitos materiales determinantes de la viabilidad de la modificación propuesta estimamos necesario recordar a la autoridad consultante que la decisión de modificar cualquier contrato ha de ir precedida -máxime si se aborda en condiciones como las que acabamos de señalar- de una exhaustiva reflexión sobre la incidencia que la alteración de las condiciones a las que se ciñó en su día la licitación pudiera tener sobre los principios de libre concurrencia, transparencia y buen uso de los fondos públicos. Ciertamente, en la tesitura de decidir si se opta por licitar la gestión del servicio o por prorrogarlo a sabiendas de que tendrá que modificarse seguidamente al no poder seguir prestándose en las condiciones anteriores a la prórroga han de evaluarse todas las potenciales distorsiones a que puede dar lugar la revisión de ciertos elementos del contrato al margen de la concurrencia competitiva.

Siguiendo con el análisis de la modificación propuesta desde el punto de vista material, hemos de comenzar por recordar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 101.1 del TRLCAP, "Una vez perfeccionado el

contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándose debidamente en el expediente”. Posibilidad de modificación que, a los efectos que ahora interesan, aparece recogida en el artículo 21.º del pliego de condiciones administrativas particulares del contrato objeto de la presente modificación, al señalar que “el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público (...), dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente (...). El Ayuntamiento podrá modificar las características de la concesión por razones de interés público debidamente justificadas”.

Así las cosas, tanto por una exigencia legal como por haberse convenido expresamente entre las partes, resulta necesario determinar si la modificación que ahora se tramita por el Ayuntamiento de Oviedo aparece justificada, en tanto que obedece de manera exclusiva a razones de interés público como respuesta a “necesidades nuevas o causas imprevistas”. Además de lo anterior, es necesario que en el expediente de modificación quede acreditada la improcedencia de convocar una nueva licitación, con el objetivo de impedir que en la fase de modificación contractual se vean vulnerados los principios de igualdad y transparencia.

Pues bien, desde esta doble perspectiva -exigencia de la modificación por razones de interés público como respuesta a “necesidades nuevas o causas imprevistas” y justificación de la improcedencia de afrontarlas recurriendo a una nueva licitación- resulta preciso un análisis individualizado de cada una de las modificaciones que se proponen, hasta un total de cinco, en la forma en que las mismas se plantean por el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos del Ayuntamiento de Oviedo en su informe de 25 de noviembre de 2020, complementado con otro elaborado el 13 de enero de 2021. Dicho análisis debe efectuarse, además, desde la observación ya señalada anteriormente de que, por tratarse de una concesión de servicios públicos que no se agota en una prestación única y ejecutada de una sola vez, sino reiterada durante el amplio

plazo de ejecución del contrato, es relativamente frecuente la necesidad de modificación del mismo como consecuencia de nuevas necesidades municipales o nuevos requerimientos técnicos exigidos para la prestación de los servicios, como acontece en la mayoría de las modificaciones contractuales examinadas en este supuesto.

Comenzando por la primera de ellas -"recuperar la recogida de basura en la zona urbana de los domingos y festivos"-, nos encontramos, más que ante una modificación al alza del contrato con respecto a las condiciones en las que el mismo fue objeto de licitación y adjudicación, con una vuelta a las condiciones inicialmente pactadas, que fueron objeto de modificaciones a la baja impuestas a la contratista en un contexto general de restricciones presupuestarias. Por tanto, no suponiendo la modificación que ahora se propone más que una vuelta a las condiciones inicialmente licitadas y pactadas, ninguna reserva cabe hacer con respecto a su adecuación al interés público.

Respecto a la segunda, asociada a la "utilización de un camión eléctrico", si tenemos en cuenta la fecha de adjudicación inicial -27 de julio de 2005- y la evolución desarrollada desde entonces en la tecnología de propulsión de este tipo de vehículos tampoco ofrece ninguna duda que la segunda modificación que se proyecta obedece de manera clara a razones de interés público como respuesta a "necesidades nuevas o causas imprevistas" al momento de la adjudicación inicial del contrato. Refuerza el interés público de esta modificación la disminución de "las molestias por ruido que se ocasionan al realizar la recogida de residuos durante la noche", así como la eliminación de "todas las emisiones contaminantes por tubo de escape".

La tercera modificación -"regularización de contenedores"- se justifica por el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos en que "tanto en el año 2019, como en lo que va de 2020, se han tenido que incorporar al servicio 1.264 contenedores de 750/800 litros de plástico y 704 de 240 litros para dar servicio a nuevos puntos de recogida, sustitución de los que por su deterioro no pueden seguir utilizándose, los que a pesar de estar rotulados con el escudo de Oviedo han desaparecido de sus ubicaciones de la zona rural y los que se tienen en depósito para reposiciones o utilización en actividades municipales,

como fiestas populares, actos públicos, eventos, etc.". En relación con la "regularización de contenedores", conviene recordar que el artículo 11 del pliego de condiciones técnicas, dedicado a la "limpieza y mantenimiento de los contenedores", establece entre las obligaciones que corren a cargo del contratista la de "proceder a su puesta en buen estado y en funcionamiento normal en un plazo máximo de 24 horas a partir de la detección de la deficiencia, y en caso de no ser ello posible deberá proceder a su sustitución por otro en condiciones normales de funcionamiento". Puesto lo anterior en relación con la modificación que se proyecta, observamos que en el informe del Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos la "regularización de contenedores" se concreta en la adquisición de un total de 1.264 contenedores de 750/800 litros de plástico y 704 contenedores de 240 litros, y ello para "dar servicio a nuevos puntos de recogida, sustitución de los que por su deterioro no pueden seguir utilizándose, los que a pesar de estar rotulados con el escudo de Oviedo han desaparecido de sus ubicaciones de la zona rural y los que se tienen en depósito para reposiciones o utilización en actividades municipales, como fiestas populares, actos públicos, eventos, etc.". Pues bien, si tenemos en cuenta la obligación del contratista anteriormente citada de proceder a la sustitución de los contenedores defectuosos, debe excluirse de la modificación que ahora se propone el coste de los contenedores de nueva adquisición en sustitución de los defectuosos pues no puede justificarse como modificación contractual una obligación expresamente asumida en los pliegos. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Las razones que aduce el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos en sus informes para proceder a la "ampliación del servicio de fregado de aceras con decapadora", y a las que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias, consideramos que deben ser entendidas como justificadas y acordes con el interés público en respuesta a "necesidades nuevas o causas imprevistas".

El mismo juicio favorable, desde la perspectiva del interés público como respuesta a “necesidades nuevas o causas imprevistas”, cabe dar a la quinta y última de las modificaciones contractuales que se proponen por el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos al objeto de incluir en el contrato “los servicios de limpieza en zonas de ampliación de la ciudad”.

Siendo suficiente para este Consejo -al margen de la matización que supone la observación relativa a la “regularización de contenedores”- la justificación ofrecida por el Ayuntamiento de Oviedo para llevar a cabo la modificación pretendida, y considerando que la misma obedece de manera exclusiva a razones de interés público como respuesta a “necesidades nuevas o causas imprevistas”, restan por analizar las razones que justifican la improcedencia de convocar una nueva licitación para dar satisfacción a las mismas, que el Consistorio a través de los informe incorporados al expediente por el Adjunto al Jefe de Servicio para Servicios Básicos hace descansar, para todas ellas, en su carácter “inescindible” con respecto a las prestaciones inicialmente pactadas. Así lo entiende también este Consejo partiendo de la realidad objetiva de la tipología de modificaciones que se proyectan y del marco espacial definido por las prestaciones objeto del contrato, que harían prácticamente imposible la convivencia, sin solapamientos indeseables y antieconómicos, de contratos independientes sobre un mismo espacio o atribuidos a otro concesionario.

En definitiva, este Consejo Consultivo considera, con la salvedad expuesta, que se han acreditado causas técnicas imprevisibles de manera suficiente y, en todo caso, razones de interés público que justifican la modificación pretendida y que desaconsejan una nueva licitación, por lo que la misma puede ser aprobada, debiendo comportar un reajuste al alza de la garantía definitiva.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede la aprobación de la novena modificación del contrato

de limpieza viaria, recogida de residuos, retirada de vehículos de la vía pública y realización de obras de ejecución subsidiaria en el término municipal de Oviedo.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,