



Recurso nº 418/2021 C.A. Castilla-La Mancha 28/2021

Resolución nº 614/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 21 de mayo de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.L.S., D. A.L.G., D^a. I.I.A.G. y D. A.I.B.M., todos ellos concejales del Ayuntamiento de Puertollano, frente al acuerdo de modificación del *“contrato mixto de servicios y suministros energéticos en las instalaciones térmicas y el alumbrado interior de los edificios públicos y en las instalaciones de alumbrado público exterior y otras de Puertollano”*, expediente n.º 2/2017, convocado por el Ayuntamiento de Puertollano, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación de la que procede el contrato al que se refiere el recurso fue llevada a cabo a través del sistema de Central de Contratación de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla La Mancha (FEMPCLM), bajo el número de expediente 2/2017.

Como resultado de dicha licitación, el Ayuntamiento de Puertollano formalizó el 17 de mayo de 2019 con la empresa ELECNOR S.A el contrato mixto de servicios y suministros energéticos objeto de la modificación ahora recurrida.

Segundo. El expediente para la modificación del contrato se inició mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Puertollano de fecha 28 de enero de 2021 (documento 19.6 del expediente administrativo). Tras la tramitación correspondiente, el procedimiento finalizó mediante el Acuerdo del Pleno de fecha 10 de marzo de 2021, que aprobó la modificación del contrato.

Tercero. El escrito de recurso se presentó el día 29 de marzo de 2021. El recurso entiende que la modificación contractual no fue ajustada a derecho. Se alega en primer lugar que lo



que se aprobó como modificación era ya en realidad parte del objeto del contrato y, por lo tanto, de obligada ejecución para el adjudicatario.

Explica el recurso que la licitación se organizó en dos Fases: la primera de auditoría energética a las entidades locales y la segunda en la que se licitaba el contrato mixto en función de dicha auditoría. Subraya el recurrente que las prestaciones del contrato mixto objeto del recurso estaban vinculadas al resultado de la previa auditoría energética. Resultado que se incluyó como anexo III del PPT, haciéndose referencia al mismo al definirse el objeto del contrato en los PCAP.

Específicamente alude el recurso a la prestación denominada P4, de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía, respecto de la cual el PCAP (página 26) señalaba: *“Prestación P4 – Mejora y Renovación de las Instalaciones consumidoras de energía: Ejecución y financiación de las actuaciones de mejora y renovación de las instalaciones de edificios municipales, alumbrado exterior y otras que se especifican expresamente en LA AUDITORÍA y de las actuaciones de mejora, así como de la financiación de las actuaciones previas y de aquéllas necesarias para preparar la licitación del contrato, ya que resultan necesarias para la optimización del gasto energético, para adecuación a reglamentación o porque la realidad de su estado, funcionamiento, rendimiento o condiciones de seguridad así lo aconsejen. Las obras y actuaciones previstas en LA AUDITORÍA serán de carácter obligatorio para el contratista, serán ejecutadas en el plazo establecido y financiadas por el adjudicatario, quien deberá recuperar dichos importes mediante los ahorros que debe conseguir en el período de ejecución del contrato (...)”*.

Por su parte, el PPT (página 22) señalaba: *“Obras de Mejora y renovación de las instalaciones (P4). El Adjudicatario ejecutará y financiará durante el periodo contractual las obras de mejora y renovación de las instalaciones que se relacionan en LA AUDITORÍA o las que consten en su oferta y que serán financiadas mediante los ahorros conseguidos dentro del período de vigencia del contrato, por tanto, no tendrán repercusión económica sobre el presupuesto de este contrato (...)”*.



Añade el recurrente que, de acuerdo con los pliegos, el adjudicatario del contrato tenía la obligación de cumplir con las condiciones de iluminación de las calles de acuerdo con las concretas especificaciones resultantes de la auditoría. En este sentido, explica que se realizó una consulta para la aclaración de esta cuestión cuya respuesta fue: *“se deben tener en cuenta, como obligatorias, todas las condiciones de las auditorías y en concreto las de la Base de datos denominada “BBDD puntos luz”, tanto en lo relativo a la clasificación por tipo de vía como a la clase de alumbrado”*.

El recurrente aporta el documento *“BBDD puntos luz”*, (documento 5 acompañado a su recurso), respecto del cual alega que “no solo se limitaba a establecer la clasificación de la calle S1 y S3 (o la que fuera) sino que además incluía otras clasificaciones y también una columna sobre la potencia propuesta a instalar en cada tipo de luminaria y, en concreto, en los LED que sustituyeran las actuales. Es decir, dicha BBDD definía con precisión la clase de alumbrado, algo obligatorio por Pliego, según la aclaración señalada”. Añade el recurrente que el propio adjudicatario se comprometió en su oferta a realizar una sustitución de luminarias LED igual o mayor que el escenario marcado por la auditoría. Entiende el recurrente que la modificación que se ha acordado eleva la potencia de las luminarias LED a unos niveles muy similares a los propuestos en la BBDD, los cuales ya eran obligatorios. En concreto el recurrente señala que las potencias de LED ofertadas en su mayoría eran de una potencia unitaria de 13,7 w, y en el modificado se pasa a 20,8 w. Mientras que en el documento *“BBDD puntos de luz”* de la auditoría obligatoria ya se establecía una potencia unitaria mínima de 21 y 28 w para esas mismas calles, es decir, incluso superior a la de la modificación. Señala que, a pesar de haber alguna excepción puntual donde sí se eleva la potencia bastante más que lo previsto en la BBDD, en la gran mayoría el modificado plantea elevar las potencias a unas muy similares a las que ya venían exigidas en el BBDD. Por ello, el recurrente entiende que la modificación acordada no es realmente una modificación, pues su contenido ya era de obligado cumplimiento en el contrato inicial y se debía exigir desde un inicio a la adjudicataria.

En segundo lugar, alega el recurrente que la modificación tramitada es contraria a los requisitos exigidos por el artículo 107.1.a), 2 y 3 TRLSCP, bajo cuyo amparo se ha tramitado y aprobado, debiendo haberse procedido a una nueva licitación, previa resolución, en su caso, del contrato originario. Afirma el recurso que no se cumplieron los



requisitos de la cláusula 16 PCAP y del artículo 107.1.a) TRLCSP en los que se fundamenta la modificación y que, además, se trata de una modificación sustancial, infringiendo el artículo 107.3 TRLCSP. Por ello, se debería haber acordado una nueva licitación, previa resolución del contrato en lo relativo a la prestación P4 (y en concreto, sustitución por luminarias LED) objeto de modificación. Entiende el recurrente que los informes que se emitieron en el procedimiento de modificación son de carácter técnico, y que a nivel jurídico no se analizó suficientemente si la modificación propuesta cumplía con los requisitos del artículo 107.1.a), 2 y 3 TRLCSP. Explica el recurso que para que pueda operar la modificación del art. 107.1.a) TRLCSP no basta la inadecuación del contrato al fin perseguido, sino que es necesario que esa inadecuación proceda de errores del proyecto u omisiones en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas. Error que tiene que conllevar la imposibilidad de alcanzar el fin perseguido. En este caso, entiende el recurrente que no ha existido error alguno. Viene a señalar que, aun aceptando que lo que exigía el contrato era cumplir únicamente con las normas del Reglamento de Eficiencia Energética y no con las señaladas en el documento BBDD derivado de la auditoría energética, el aumento de potencias no se debe a un error del proyecto sino a un cambio de las condiciones requeridas. Además, el error debe ser imprevisible para un poder adjudicador diligente, no siendo posible la modificación si el error se debe a una imprevisión negligente, cuando el cambio se basa en circunstancias que ya estaban presentes cuando se redactaron los pliegos. En relación a esa exigencia de diligencia el recurrente menciona y transcribe parte de la Recomendación de la JCCA de 1 de marzo de 2012. Expone el recurrente que el Considerando 109 de la Directiva 2019/24/UE pone de manifiesto que el concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a “aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto, aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial (...)”.

Concluye el recurrente señalando que *“precisamente estaríamos ante una falta de previsión evidente y grave de que la iluminación propuesta podía no ser suficiente. Las calles siempre han estado ahí y no ha habido ninguna variación física en las mismas desde que se hizo la auditoría energética. Si se precisaba más iluminación, nada impedía haberlo estudiado bien en dicha auditoría y exigirlo claramente en un inicio”*. Entiende el recurrente que no es aceptable calificar de error imprevisible una deficiente iluminación de las calles



después de haberse hecho una auditoría energética, entre cuyas finalidades estuvo la de determinar las necesidades de iluminación.

Igualmente afirma el recurrente que estamos ante una modificación sustancial del contrato, pues se rompe el equilibrio económico del contrato en detrimento del Ayuntamiento, que sufre así un sobrecoste por haberse ya instalado unas luminarias que ahora se acuerda retirar y sustituir por otras.

Cuarto. El órgano de contratación emitió informe con fecha de 5 de abril de 2021. En primer lugar, niega que el contenido de la modificación estuviese ya incluido en el contrato originario, remitiéndose al informe técnico emitido por el Jefe de Sección de Instalaciones del Ayuntamiento, que se transcribe.

En dicho informe se hacen las conclusiones siguientes:

«PRIMERO.- A efectos técnicos, la propuesta original del licitador ELECNOR, S.A. no presenta ningún error ni deficiencia, cumpliendo con todos los puntos indicados en el Pliego y manteniendo, como mínimo, los valores de clasificación lumínica indicados en la auditoría. SEGUNDO.- El objeto del reformado es cumplir con unos requisitos distintos a los indicados inicialmente en la auditoría energética y, por tanto, en el Pliego, a petición ciudadana a través del ente municipal, no corregir un defecto en la propuesta ni un incumplimiento de lo indicado en la auditoría sino sobre otra interpretación que da el Reglamento. TERCERO.- Que la única manera de aumentar la iluminación de las calles es aumentar la potencia, por lo que se paga la diferencia por el aumento en aquellas que son necesarias (no todas), y en ningún caso se paga por otras luminarias, pagando el doble y por el aumento del consumo eléctrico. De igual manera que en una edificación es necesario aumentar la cimentación o en una urbanización es necesario que la baldosa sea de mayor grosor se realiza el modificado con la diferencia del aumento. CUARTO.- Dicho lo cual, el técnico firmante, afirma que el licitador Elecnor, S.A. ha cumplido con los resultados incluidos en la auditoría en su propuesta y que actúa de buena fe en la elaboración del reformado, modificando los puntos de luz necesarios para aumentar los niveles lumínicos a lo requerido por el Municipio una vez iniciados los trabajos de sustitución».



En segundo lugar, el órgano de contratación defiende el cumplimiento de los requisitos legales para la modificación efectuada. Defiende el órgano de contratación la potestad del Ayuntamiento para modificar las condiciones del servicio público, manteniendo el equilibrio económico. Afirmar el informe que los licitadores eran conocedores de que *“el Ayuntamiento de Puertollano podría llevar a cabo este tipo de modificación para el contrato, puesto que expresamente se advertía en los pliegos que las funciones de Alta Dirección del servicio de alumbrado público no estaban incluidas en el objeto del mismo, hecho conocido por todos los participantes en el concurso, al reservar el PCAP en favor del Órgano de Contratación todas las actuaciones que puedan implicar el ejercicio potestades reservadas a la autoridad pública”*. Se afirma también en el informe del órgano de contratación que *“La modificación del nivel de intensidad lumínica del contrato no es algo inamovible”* y que *“las decisiones relativas al nivel de intensidad lumínica en una o todas las calles del municipio es una decisión que conforme a los pliegos queda reservada al órgano de contratación, por estar en la esfera de esa alta dirección que se reserva el Ayuntamiento y porque dichas decisiones pueden implicar el ejercicio de autoridad pública en materia de alumbrado de vías públicas”*. Finalmente se alega el cumplimiento de los requisitos y límites de la legislación contractual y el cumplimiento de los trámites procedimentales, solicitándose la desestimación del recurso.

Quinto. El 9 de abril de 2021, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), sin que ninguno de ellos evacuase el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia y plazo.

El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.3 de la LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).



El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para la interposición de quince días hábiles del artículo 50.1.e) LCSP.

Segundo. Normativa aplicable. Acto recurrible.

La cuestión de si el acuerdo de modificación impugnado es susceptible de recurso especial ante este Tribunal es objeto de controversia, pues el órgano de contratación niega en su informe que se pueda admitir el recurso. Señala dicho órgano de contratación que “la normativa aplicable a este contrato es el TRLCSP y no la nueva LCSP del año 2017”, por lo que niega que se pueda recurrir contra un acto de modificación. También el recurrente viene a hacer alegaciones basadas en el derecho transitorio aplicable y asume que la normativa aplicable es la del Texto Refundido de 2011 y no la vigente ley de 2017.

Pues bien, conviene aclarar esta cuestión del derecho aplicable. La confusión respecto de la ley aplicable parece proceder de que las actuaciones para la licitación centralizada se iniciaron por la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha (FEMPCLM) antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017. Ciertamente, el anuncio de licitación se publicó en este caso antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, tal y como consta en la plataforma de contratación del sector público.

Sin embargo, en realidad, la ley aplicable a la modificación contractual es la Ley 9/2017, como explicaremos seguidamente. De acuerdo con los antecedentes de que dispone este Tribunal, el contrato centralizado se adjudicó por la FEMPCLM después de estar ya en vigor la Ley 9/2017. Concretamente, tal y como se señala en los diversos documentos que obran en el expediente (y particularmente en los antecedentes que se narran en el contrato que consta como elemento 19.1 del expediente administrativo) la FEMPCLM adjudicó el contrato el día 12 de noviembre de 2018 mediante resolución del Secretario General de dicha entidad. Posteriormente, siguiendo el sistema de contratación centralizada, el Ayuntamiento de Puertollano adjudicó el contrato el día 25 de abril de 2019, a la empresa que había resultado adjudicataria previamente en la licitación centralizada de la FEMPCLM. Por otra parte, la Ley 9/2017 entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición final decimosexta. Así pues, la adjudicación del contrato centralizado (el 12 de noviembre de 2018) tuvo lugar estando ya en vigor la Ley 9/2017. Igualmente estaba en



vigor dicha nueva ley cuando el Ayuntamiento de Puertollano adjudicó a su vez el contrato el día 25 de abril de 2019. Siendo esto así, la consecuencia es que los efectos, cumplimiento y extinción del contrato, incluidas sus modificaciones, se rigen plenamente por la Ley 9/2017, tal y como establece la Disposición transitoria primera de dicha ley en su segundo apartado: *“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”*. De acuerdo con lo anterior, ninguna duda cabe de que el régimen material o sustantivo aplicable a la modificación contractual es el establecido en la Ley 9/2017. Como igualmente es el régimen sustantivo de dicha ley el que rige por completo todo el contrato en cuestión. Las indicaciones erróneas que al respecto puedan contener los pliegos en nada pueden alterar la anterior conclusión.

Las anteriores consideraciones encuentran además respaldo en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 43/08, de 28 de julio, en el que se concluyó en el sentido indicado, interpretando la disposición transitoria primera de la anterior Ley de contratos 30/2007, redactada en idénticos términos a la de la Ley 9/2017.

Por otra parte, con mayor razón, las reglas de procedimiento aplicables al presente recurso son indudablemente las establecidas en la Ley 9/2017. Dispone la Disposición transitoria primera de dicha ley en su apartado cuarto que *“Las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo”*. De lo que se desprende a *sensu contrario* que los procedimientos de recurso especial que se inicien una vez ya en vigor la Ley 9/2017 se rigen por esta última.

En cuanto a los actos susceptibles de recurso especial hay que estar a lo previsto en ese mismo apartado, que prevé que *“En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”*. En este caso el acto impugnado se ha dictado



indudablemente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, y tendría encaje en el art. 44.2.d) LCSP, que permite el recurso especial contra *“Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación”*. El contrato es además un contrato de servicios que supera el valor de 100.000 euros indicado en el apartado primero de ese mismo art. 44 LCSP, y que supera igualmente el umbral al que se refería el art. 40 del Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSF). Como ha señalado este Tribunal, frente a los actos dictados con posterioridad al 9 de marzo de 2018 en expedientes que se rigen por la normativa anterior, solo cabe el recurso especial respecto de contratos que se rigen por el artículo 40 del TRLCSF, aunque se puede interponer contra cualquiera de los actos dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva ley a que se refiere el artículo 44.2 de la LCSP (Resolución de este Tribunal nº 650/2018, entre otras).

Por lo tanto, la conclusión a la que se debe llegar de acuerdo con lo expuesto es que sí procede la admisión del presente recurso especial contra el acuerdo de modificación. Pues de acuerdo con el régimen transitorio aplicable, es admisible dicho recurso contra los actos susceptibles de recurso especial dictados después de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, con los requisitos indicados.

Además, tal y como se ha explicado, el régimen material aplicable a la modificación objeto del recurso es el establecido en la actual Ley 9/2017, y no el de la anterior ley de 2011, pues el contrato se adjudicó con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017. Sobre esta cuestión incidiremos de nuevo más adelante.

Tercero. Legitimación.

La cuestión de la legitimación de la parte recurrente es objeto igualmente de controversia, pues el órgano de contratación entiende que puede faltar dicha condición en los recurrentes.

En el informe del órgano de contratación se alega que la legitimación únicamente corresponde a los licitadores no adjudicatarios, y que no se puede reconocer legitimación a los partidos políticos. Por su parte, en el escrito de recurso se defiende la legitimación de los concejales recurrentes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24.4 del Real Decreto

814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que establece que: *“Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados”*.

A la vista de tal precepto, resulta claro que sí ostentan legitimación los recurrentes en este caso, pues son miembros de la entidad local (concejales) y del concreto órgano que dictó el acuerdo impugnado (el Pleno), y votaron en contra del acuerdo impugnado, tal y como se acredita con la documentación que acompañaron al recurso. En este sentido, resulta plenamente aplicable la doctrina reiteradamente marcada por este Tribunal respecto de dicha legitimación de los miembros de las corporaciones locales. Así, en la Resolución nº 67/2014 se dijo que *“Los concejales, a título individual, por el contrario, sí estarían legitimados para recurrir los pliegos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, salvo en el caso de que, formando parte del órgano colegiado que haya adoptado el acuerdo aprobatorio de los mismos, no hayan votado en contra de la adopción del mismo (...)”*.

Por lo tanto, este Tribunal considera legitimados a los recurrentes.

Cuarto. Entrando ya en el fondo del asunto, debemos comenzar aclarando de nuevo la cuestión de la normativa aplicable a la modificación impugnada. Como ya se ha indicado anteriormente, el análisis del *íter* temporal muestra que la adjudicación contractual tuvo lugar estando ya en vigor la actual Ley 9/2017, de contratos del sector público. El contrato centralizado se adjudicó por la FEMPCLM el día 12 de noviembre de 2018 mediante resolución del Secretario General de dicha entidad. Posteriormente, el Ayuntamiento de Puertollano adjudicó el contrato el día 25 de abril de 2019, a la empresa que había resultado adjudicataria previamente en la licitación centralizada de la FEMPCLM. Por su parte, la Ley 9/2017 entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición final decimosexta. Así pues, la adjudicación del contrato centralizado (el 12 de noviembre de 2018) tuvo lugar estando ya en vigor la Ley 9/2017. Igualmente estaba en vigor dicha nueva



ley cuando el Ayuntamiento de Puertollano adjudicó a su vez el contrato el día 25 de abril de 2019.

Por lo tanto, de la anterior realidad temporal se extrae la consecuencia de que los efectos, cumplimiento y extinción del contrato, incluidas sus modificaciones, se rigen plenamente por la Ley 9/2017, tal y como establece la Disposición transitoria primera de dicha ley en su segundo apartado: *“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”*. De acuerdo con lo anterior, ninguna duda cabe de que el régimen material o sustantivo aplicable a la modificación contractual es el establecido en la Ley 9/2017. Como igualmente es el régimen sustantivo de dicha ley el que rige por completo todos los efectos del contrato en cuestión. Las indicaciones erróneas que al respecto puedan contener los pliegos en nada pueden alterar la anterior conclusión pues, como no puede ser de otra manera, la fuerza de ley se impone frente a un documento con mero valor contractual.

Las anteriores consideraciones encuentran además respaldo en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado nº 43/08, de 28 de julio, en el que se concluyó en el sentido indicado, interpretando la disposición transitoria primera de la anterior Ley de contratos 30/2007, redactada en idénticos términos a la de la Ley 9/2017. En dicho Informe, la Junta Consultiva del Estado explicó: *“los actos de preparación del contrato, incluido el contenido de los pliegos, así como los relativos al procedimiento de adjudicación se deben regir por la norma vigente en el momento de publicarse el anuncio de licitación o de aprobarse los pliegos cuando se trate de un procedimiento negociado sin publicidad. Por el contrario, lo relativo a la ejecución, efectos y extinción del contrato se regirá por la norma vigente en el momento de la adjudicación, aun cuando sea distinta de la anterior”*.

En el mismo sentido se ha pronunciado más recientemente la Junta Consultiva de contratación de la Comunidad de Madrid en su Informe 2/2020, de 20 de marzo, concluyendo que *“a los contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, en aplicación de la Disposición Transitoria primera, apartado 2, le es de*



aplicación la vigente Ley” y que “Las modificaciones no previstas en el pliego de contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor, se registrarán por la vigente Ley”.

En definitiva, el régimen de la modificación contractual efectuada por el Ayuntamiento de Puertollano es el establecido en la actual Ley 9/2017 y no el del anterior Texto Refundido de 2011. Siendo esto así, ya podemos anticipar el éxito de la impugnación objeto del presente recurso. En primer lugar, por razón de que la modificación contractual se ha basado en una causa legal inexistente en la actual Ley 9/2017. La modificación contractual, de acuerdo con toda la documentación obrante en el expediente y tal y como señala el informe del órgano de contratación, fue una modificación no prevista en los pliegos. Por lo que, tanto en el régimen de la ley de 2011 (TRLCSP; Decreto Legislativo 3/2011) como en el actual, se tenía que basar en alguna de las causas tasadas expresamente previstas en la ley. Ocurre sin embargo que la causa utilizada en este caso no se contempla ya como causa de modificación contractual en la Ley 9/2017. Esa causa en la que se basó la modificación contractual recurrida fue la del art. 107.1.a) TRLCSP: *“Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas”.*

La anterior causa legal de modificación contractual no existe en el régimen actual de la Ley 9/2017, la cual solamente permite la modificación contractual no prevista en los pliegos en tres supuestos tasados y enumerados en el art. 205.2 LCSP, que pueden sintetizarse de la manera siguiente: prestaciones adicionales, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles y, en tercer lugar, modificaciones no sustanciales. En cada uno de los tres supuestos la ley detalla además los requisitos aplicables y los límites. Lo cierto es que, en este caso, aun aceptando por hipótesis que la modificación efectuada pudiera tener encaje en alguna de las tres causas legalmente contempladas en el actual art. 205 LCSP, no por ello podría darse por válida dicha modificación, por cuanto es necesario e indispensable que en el expediente de modificación se haya justificado debidamente la concurrencia de los requisitos y el cumplimiento de los límites aplicables a la causa de modificación contractual correspondiente. Lo cual en este caso no ha tenido lugar, como es evidente, pues el expediente se ha tramitado con base en una causa de modificación no contemplada en la actual ley.



De acuerdo con las consideraciones anteriores, este Tribunal entiende por lo tanto que la modificación contractual impugnada no se ha amparado en ninguna de las causas legalmente permitidas por la Ley 9/2017, de contratos del sector público, para efectuar una modificación del contrato no prevista en los pliegos. Infracción que es indudablemente esencial y con efectos anulatorios del acuerdo de modificación impugnado, de acuerdo con el art. 40.a) LCSP, que señala como causa de anulabilidad *“El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205”*.

En relación con lo anterior, de nada sirven las voluntaristas afirmaciones del órgano de contratación resaltando que es el Ayuntamiento contratante quien ostenta los poderes o facultades de dirección en relación a la prestación del servicio de alumbrado público del municipio. Ciertamente no es discutible que el Ayuntamiento es la Administración Pública competente al respecto, y que es quien puede fijar y alterar las condiciones de prestación de dicho servicio público, incluidos los niveles de intensidad lumínica en las diferentes zonas. No obstante, el anterior poder o competencia municipal en nada puede alterar las conclusiones anteriores. Una cosa es que el Ayuntamiento puede modificar las condiciones del alumbrado público y otra que, cuando hay un contrato administrativo en vigor para prestar el servicio, no deba sujetarse la correspondiente modificación contractual a los requisitos y a los procedimientos establecidos en la legislación de contratación pública.

Quinto. Más allá de todo lo anterior y a mayor abundamiento, este Tribunal no puede dejar de hacer la siguiente consideración en cuanto a la aplicación que se hace en el expediente de la causa de modificación contractual del art. 107.1.a) TRLCSP de *“Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas”*.

A pesar de no ser aplicable dicha causa legal de modificación contractual, como ya se ha explicado, considera este Tribunal conveniente señalar, a mayor abundamiento, que no se ha aplicado de manera correcta. Asiste la razón al recurrente cuando expone que no bastaba la inadecuación del contrato al fin perseguido, sino que era necesario que esa inadecuación procediese de errores del proyecto u omisiones en la redacción del proyecto



o de las especificaciones técnicas. Error que, en este caso y como acertadamente alega la parte recurrente, no se debe a un error del proyecto sino a un cambio de las condiciones requeridas. Además, el “error” era en este caso previsible para un poder adjudicador diligente, pues se trataba de haber previsto inicialmente de forma correcta las necesidades de iluminación en el municipio (y más después de haber hecho una auditoría energética). No se justifica en el expediente ninguna causa imprevista o sobrevenida que motive el cambio de tales necesidades. Entiende este Tribunal que, en este caso lo cierto es que lo que hubo no es ningún error u omisión en el proyecto o en las especificaciones técnicas de la documentación contractual. Lo que hubo en realidad es directamente un cambio en las necesidades que pretendían cubrirse, como reconoce implícitamente el propio informe del órgano de contratación cuando alude a los poderes municipales para alterar o determinar el “*nivel de intensidad lumínica*”. En definitiva, no es que hubiera un error en las especificaciones técnicas que impidiera satisfacer las necesidades, es que hubo directamente un cambio en las propias necesidades a satisfacer. Se alteró el contenido de la prestación objeto del contrato, modificándose las necesidades lumínicas.

Es muy ilustrativo a este respecto justamente el informe técnico que transcribe el informe del órgano de contratación. Dicho informe, emitido por el Jefe de Sección de Instalaciones del Ayuntamiento de Puertollano, señala expresamente en sus conclusiones que “El objeto del reformado es cumplir con unos requisitos distintos a los indicados inicialmente en la auditoría energética y, por tanto, en el Pliego, a petición ciudadana a través del ente municipal, no corregir un defecto en la propuesta ni un incumplimiento de lo indicado en la auditoría”. Más esclarecedora no podría ser dicha afirmación: la finalidad de la modificación contractual no era corregir un defecto de la oferta o de los pliegos, sino que el objetivo era directamente cumplir unos requisitos diferentes a los indicados inicialmente en el pliego para dar satisfacción a las demandas ciudadanas recibidas por el ente municipal. Es decir, sencillamente, los vecinos del municipio pidieron mejoras en el alumbrado público y se modificó el contrato para satisfacerlas. Traducido a la terminología del art. 107.1.a) TRLCSP se puede decir que no había error alguno en el proyecto que impidiera satisfacer las necesidades, sino que lo que se alteró fueron las necesidades.

De acuerdo con lo expuesto se debe concluir que la aplicación efectuada por el Ayuntamiento de Puertollano de la causa de modificación contractual del art. 107.1.a)



TRLCSP fue incorrecta. Consideración jurídica que se hace por este Tribunal a mayor abundamiento, pues en cualquier caso la modificación contractual es inválida, al no haberse efectuado bajo el régimen legal aplicable de la Ley 9/2017.

Por lo tanto, este Tribunal no puede sino declarar la anulación del acuerdo de modificación impugnado. Si el órgano de contratación considera que deben ejecutarse las prestaciones objeto de la modificación que se anula, puede valorar si resulta posible efectuar la modificación contractual de acuerdo con el régimen de la Ley 9/2017. De no ser ello posible, deberá procederse de acuerdo con lo indicado en el art. 203.2 LCSP: resolviéndose el contrato y adjudicándose uno nuevo en la licitación correspondiente que cubra las necesidades definidas por el Ayuntamiento.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. R.L.S., D. A.L.G., D^a. I.I.A.G. y D. A.I.B.M., todos ellos concejales del Ayuntamiento de Puertollano, frente al acuerdo de modificación del *“contrato mixto de servicios y suministros energéticos en las instalaciones térmicas y el alumbrado interior de los edificios públicos y en las instalaciones de alumbrado público exterior y otras de Puertollano”*, expediente n.º 2/2017, convocado por el Ayuntamiento de Puertollano, anulando dicho acuerdo.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.