



Expediente: 56/22. Modificación del contrato. Desistimiento del contrato.

Clasificación de informes: 23. Contratos de suministros. 23.8. Modificación del contrato de suministro. 24. Contratos de servicios. 24.9. Modificación del contrato de servicios.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Parla ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“PRIMERO: Con fecha 21 de mayo 2022 el Ayuntamiento de Parla publica en la plataforma de contratación del Estado, licitación para la contratación de los suministros energéticos y servicios de mantenimiento con garantía total con inversión de las instalaciones en el centro consumidor de energía integrado por los edificios y equipamientos incluidos en los inmuebles municipales, alumbrado público, pasos de peatones, señales semafóricas reguladoras de la circulación y fuentes del Ayuntamiento de Parla), con un plazo de duración de 13 años, ascendiendo el valor estimado del mismo a la cantidad de 53.616.088,19 euros, IVA excluido y fijando un presupuesto base de licitación de 44.680.073,49 euros, IVA incluido, ascendiendo éste a la cantidad de 9.382.815,43 euros.

Se establece como fecha máxima de presentación de ofertas hasta el día 23 de junio de 2022. Solamente se presenta una licitadora.

El precio del contrato es de 3.436.928,73 euros anuales más 21% IVA 721.755,03 euros, total 4.158.683,76 euros IVA incluido por anualidad y facturación mensual.

SEGUNDO: En fecha 27 de junio se celebra mesa de contratación y se apertura el sobre 1 de la licitadora. La Mesa de Contratación acuerda por unanimidad, admitir la proposición presentada por la empresa.



TERCERO: Se procede a la apertura del sobre 2, el día 04 de julio de 2022

CUARTO: La apertura del sobre 3 se realiza el día 29 de julio de 2022.

QUINTO: El día 2 de agosto de 2022 la Mesa de Contratación tras analizar los informes técnicos recibidos de la empresa x (empresa contratada por el Ayuntamiento de Parla para el seguimiento de esta licitación) y el de los servicios técnicos del Ayuntamiento, y con los datos del sobre 3 donde figura la oferta del licitador

- Precio anual: 3.186.756,33€ + 669.218,83€ de IVA: Total anual 3.855.975,16€.*
- Se oferta una baja porcentual única para los criterios A1 y A2 por canon: 1,55%.*
- Se oferta una baja porcentual a los precios unitarios para la Prestación P5, trabajos por medición: 16%.*

Acuerda que se requiera para que presente la documentación como oferta más ventajosa.

SEXTO: El 3 de agosto se dicta requerimiento de aportación de documentación de oferta más ventajosa.

SEPTIMO: Que el 30 de agosto y como contestación y recepción de la documentación enviada por el licitador se tiene que acreditar la solvencia técnica o profesional (art. 89 LCSP)

OCTAVO: Que el día 3 de octubre se celebra mesa y consta en el acta que:

Una vez revisada toda la documentación aportada en contestación a la Resolución Decreto 5485 y el informe elaborado por x, queda acreditada la justificación del punto 11 de la acreditación de la solvencia técnica, económica y financiera según los criterios recogidos en el pliego de condiciones administrativas.

NOVENO: En la Mesa de Contratación además de la conclusión del punto anterior, comunica a los integrantes de la mesa, que se ha registrado un escrito aportado por la licitadora a través de la sede electrónica del Ayuntamiento el 28 de septiembre



de 2022, en el que tras una exposición de los hechos y en relación al incremento total del contrato dice que los precios de partida de la prestación P1 en la licitación y los nuevos precios de referencia calculados son los que se indican a continuación, y dice que: “Esta variación supone un incremento del 48,97 por ciento sobre el coste inicial del contrato y debería ser el nuevo valor de partida sobre el que se debería aplicar la baja ofertada por la oferta más ventajosa”

En relación al contenido del escrito presentado por la licitadora, se emite informe por x, y concluye que:

1.- Una vez analizada y contrastada la información aportada en los puntos A, B, C, D, E, F, G, H, I referentes a la justificación de los precios actuales del gas se concluye que:

a) El precio de licitación que figuraba en el pliego de licitación (56,03 euros/MWh) era correcto en el momento de la elaboración de los pliegos y que es cierto y queda justificado y comprobado, según los índices publicados en la web MIBGAS (datos de referencia del precio de mercado) que el precio del gas en el momento de la publicación de la licitación (21/05/2022) era de (73,60 euros /MWh).

b) Con el acompañamiento de la oferta en su anexo 1 de fecha de emisión 27/09/2022 solicitada por el licitador para todos los CUPS consumidores de gas que contiene este contrato, los precios ofertados por dicha compañía para las diferentes tarifas en función de los consumos de cada CUPS, confirma que el precio de 253,21 euros/ MWh utilizado para el cálculo del precio actualizado de gas que solicita el licitador es correcto.

El técnico municipal emite informe y concluye informar favorablemente las conclusiones contenidas en el punto 1.a y 1.b referidas a la justificación de los precios

DECIMO: Toda vez que no se entiende bien la pretensión de la licitadora se la requiere para que especifique su pretensión

DECIMO PRIMERO: La licitadora propone:



-A) PROPUESTA:

actualizar los precios de la prestación P1 correspondientes al gas natural conforme a la propuesta de modificación revisada en la tabla que consta en el punto décimo segundo

-B) PRETENSIONES:

Y que se actualice el contrato, simultáneamente a la firma del mismo (en el mismo acto) ya que las condiciones de este suministro en la situación de partida de la licitación imposibilitan el suministro del gas. Asimismo, debemos hacerles saber que en caso de que no se produzca ese ajuste, se vería obligado a desistir del procedimiento previamente a la adjudicación del mismo en el escenario presente, al resultar económicamente inviable su ejecución.

En relación al escrito registrado por la licitadora, x (entidad contratada por el Ayuntamiento) emite informe y expresamente dice:

1.- En cuanto al punto A) referente a la PROPUESTA, se confirma que se mantiene la misma que presentó el licitador en el documento de fecha 28 de septiembre y fue contrastada y validada por el que suscribe el informe de fecha 18 de octubre de 2022.

2.- En cuanto al punto B, el licitador tiene la PRETENSION de que se actualice el contrato en el mismo acto de la firma del mismo. Este extremo difiere del expresado en el documento presentado el día 28 de septiembre de 2022 donde se solicitaba una modificación previa a la firma del mismo.

3.- Para la validación de esta PRETENSION, y como ya se indicó en el informe de fecha 18 de septiembre de 2022 del que suscribe, se recomienda elevar por parte del órgano correspondiente del ayuntamiento una pregunta a la Junta Consultiva de Contratación para poder concluir en un sentido o en otro.

El técnico municipal emite informe favorable a las conclusiones contendidas en el punto 1 referidas a la justificación de los precios.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Resulta de aplicación al presente contrato 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.

SEGUNDO: El artículo 190 de LCSP, al enumerar las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación, hace referencia a la potestad de modificar los contratos por razones de interés público.

En este caso, la necesidad de modificar el contrato se deriva del aumento del precio del gas entre la fecha de licitación (mayo de este año) y la fecha actual, en la que todavía no existe propuesta de adjudicación del contrato.

El fin sería saber si se puede reestructurar la oferta económica presentada por la licitadora de conformidad con la propuesta que efectúa y que tanto el técnico municipal como la empresa consultora x, considera acreditada el aumento del precio del gas.

TERCERO: Si bien el apartado 6 del anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato, al referirse al precio, prevé que Procede la revisión de precios y expresamente dice:

“... si durante la vigencia del contrato se establecen cambios sustanciales en la política tarifaria energética, esta podrá ser incorporada, sustituyendo a la descrita en los apartados siguientes, previa aprobación por el órgano de contratación. Los precios que el adjudicatario incluya en su oferta económica deberán mantenerse durante dos (2) años y que se haya ejecutado el (20 %) por anualmente siguiendo las estipulaciones de acuerdo a lo establecido en el art. 103 de la ley 9/2017 de 8 de noviembre y el art. 9 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.



En relación con la modificación del contrato que consta en el apartado 28 del anexo I del pliego de cláusulas administrativa particulares, no consta específicamente la circunstancia anteriormente referenciada como supuesto de modificación.

CUARTO: Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de modificación no prevista en los pliegos, y conforme al artículo 205 de la LCSP, en concreto, en el apartado 2 b):

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

En base a lo expuesto, se formula la siguiente CONSULTA

PRIMERA: Se podría entender que el incremento del precio del gas de mayo a septiembre del año en curso, en un 48,97% podría encuadrarse como una circunstancia sobrevenida que una administración diligente no ha podido prever.

SEGUNDA: Si se cumplieran las tres condiciones que exige el apartado 2 b) del artículo 205 de la LCSP, se podría efectuar la modificación que solicita el licitador.

TERCERA: Para el supuesto de que la respuesta a la pregunta segunda fuera afirmativa, la licitadora tendría que presentar una nueva solicitud solicitando la modificación con posterioridad a la formalización del contrato.”



CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. En primer lugar, y a la vista del contenido de las preguntas, debe recordarse que la Junta Consultiva sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de 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, 4 de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, por ejemplo, en su informe de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta. Por tanto, el informe de esta Junta se pronunciará declarando los criterios de aplicación general desde el punto de vista de la normativa de contratación pública en relación con las cuestiones sometidas a consulta.

2. Teniendo en consideración el contenido de las cuestiones que nos plantea el Ayuntamiento de Parla es preciso contestar a todas ellas de manera conjunta.

En realidad, lo que acontece en el presente caso es que la consulta parte de un error al considerar que jurídicamente cabe la posibilidad de modificación de un contrato por la vía del artículo 205 de la LCSP antes incluso de su adjudicación. Tal cosa nunca ha sido posible conforme a la legislación de contratos públicos y tampoco bajo la actual porque, entre otras cosas, el artículo 153.6 de la ley vigente señala en su inciso final que *“no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización”*, mientras que, por su parte, el artículo 205.2 b) de la LCSP, que es el que se cita en la consulta, alude a la potestad de modificación de los contratos vigentes, es decir, ya celebrados. En este sentido hay que tener en



consideración que, en la medida en que los contratos públicos son contratos formales que requieren de un acto expreso de formalización, sólo existen y generan obligaciones recíprocas para las partes cuando ya han sido formalizados. No es esto lo que ocurre en el presente caso, donde el contrato parece que ni siquiera ha sido adjudicado.

Por tanto, tal como está planteada la consulta, la primera respuesta que debemos ofrecer ha de ser necesariamente negativa respecto de la posibilidad de modificación en un supuesto como el planteado en la consulta porque la misma parte de una premisa completamente equivocada. En efecto, en un supuesto como el planteado resulta imposible proceder a la modificación de un contrato por la sencilla razón de que él mismo todavía no existe. Tampoco existe ningún derecho subjetivo en el licitador meramente propuesto como adjudicatario, tal como señala el art. 157.6 de la LCSP, que señala expresamente que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración.

Alcanzada esta conclusión resulta ocioso contestar si este incremento del precio puede encuadrarse como una circunstancia sobrevenida que una administración diligente no ha podido prever, premisa de aplicación del supuesto de modificación previsto en el artículo 205.2 b) de la LCSP, porque es imposible aplicar el precepto sobre el que versa la consulta. De la misma manera no resulta posible contestar a la cuestión de si es necesario presentar una nueva solicitud planteando la modificación del contrato con posterioridad a la formalización del contrato.

3. De hecho, esta última cuestión parte de otro error. La fórmula que utiliza la LCSP para adoptar, bien la decisión de no adjudicar o celebrar un contrato, o bien el desistimiento del procedimiento, está prevista en el artículo 152 y no es, por supuesto, la modificación del contrato. En este precepto se indica con claridad lo siguiente:

“2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización.”



Resulta patente, por tanto, que en el estado en que se hallaría cualquier procedimiento de selección del contratista como el mencionado en la consulta, ésta sería la regla aplicable, no la relativa a la modificación del contrato.

Pues bien, las reglas que la LCSP establece para estos casos pueden resumirse del siguiente modo:

1º) Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato. Esta decisión sólo podrá adoptarse por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este supuesto no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

2ª) Desistimiento del procedimiento de selección del contratista. Tal desistimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. Este desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.

3º) En ambos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

4. El supuesto que se nos plantea en la consulta puede dar lugar a que el órgano de contratación opte por alguna de estas dos posibilidades conforme a lo señalado en la norma ya citada. De este modo, siempre que resultase debidamente acreditado que la adjudicación del procedimiento causaría perjuicios para el interés público podría acudirse a la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato. Por otro lado, si se justifica adecuadamente en el expediente que existe una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación podría la entidad contratante acordar el desistimiento. En ambos casos los efectos compensatorios serán los anteriormente descritos.



Las anteriores parecen ser las opciones que restan al órgano de contratación. Respecto de ellas, en los términos generales en que nos cabe pronunciarnos, únicamente podemos concluir que deberá ser cada órgano de contratación el que, atendiendo a las circunstancias del caso, determine si concurre alguna de estas circunstancias y quien justifique, por ejemplo, si se ha producido una indebida determinación del presupuesto base de licitación acudiendo a precios que no sean los del mercado, o si concurre alguna otra circunstancia lesiva para el interés público, como la imposibilidad de ejecución del contrato.

5. Conviene recordar que tanto una como otra decisión, esto es, la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y la de desistir del procedimiento no excluyen que, cuando sea jurídicamente posible (porque en el caso de la decisión de no adjudicar o celebrar hayan desaparecido las razones alegadas para fundamentar la decisión), sea imprescindible para adjudicar el contrato proceder a una nueva licitación en la que cualquier operador económico pueda realizar libremente su proposición atendiendo a las nuevas condiciones económicas o de otro tipo fijadas por la entidad contratante. Otra solución implicaría una patente violación de los principios esenciales de la contratación pública.

6. En cuanto al posible desistimiento unilateral del licitador a que se alude en la consulta, esta no es una posibilidad amparada por la legislación de contratos públicos, que la considera como un supuesto de retirada injustificada de la oferta (artículo 150.2 de la LCSP), con los efectos de todo tipo que ello conlleva.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

1. En un supuesto como el planteado, en que todavía no se ha procedido ni a la adjudicación ni a la formalización del contrato, resulta imposible proceder a su modificación por la vía del artículo 205.2 b) de la LCSP.



2. Caben al órgano de contratación las opciones previstas en el artículo 152 de la LCSP, procediendo a una nueva licitación.