

Junta Superior de Contratación Administrativa
C/ Palau ,12-3ª planta
46003 VALENCIA
Tel.: 961 6013072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto: Informe 9/2016

INFORME 9/2016 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016. NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE CONCESIÓN DE PRÉSTAMO EN UNA LICITACIÓN.

ANTECEDENTES

En fecha 27 de septiembre de 2016 ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Crevillent, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

D. César Augusto Asencio Adsuar, Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Crevillent, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y se regulan los registros oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y las garantías globales, eleva a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana la siguiente CONSULTA:

Con carácter previo a la formalización de la consulta, citamos los siguientes Antecedentes:

1) En fecha 17 de enero de 2004 se formaliza contrato de "Concesión del Servicio Municipal de Recogida de Residuos, Limpieza Viaria y Servicios complementarios", con la empresa SERVICIOS DE LEVANTE, S.A., (SELESA) con una duración de 10 años mas prórrogas anuales hasta la nueva provisión del servicio, contrato que se encuentra actualmente prorrogado hasta el 31 de octubre de 2016.

2) Por parte de este Ayuntamiento se inició en el año 2013 expediente para la nueva contratación de la "Gestión del Servicio Público de Recogida, Transporte de Residuos, Limpieza Urbana y Gestión del Ecoparque" aprobándose el expediente por acuerdo del Pleno de fecha 27 de octubre de 2014 y adjudicándose por acuerdo del Pleno de fecha 20 de abril de 2016 [quiere decir 2015], a la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A, (FCC, S.A), encontrándose a fecha de hoy pendiente de formalización, ya que el acuerdo de adjudicación referido, fue objeto de recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que lo estimó, siendo posteriormente la resolución del TACRC objeto de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, interpuesto por FCC, S.A, dictando Sentencia el TSJCV estimando el recurso interpuesto, anulando la resolución del TACRC y declarando ajustado a derecho el acuerdo de adjudicación del Pleno de

fecha 20 de abril de 2015, comunicándose a este Ayuntamiento la firmeza de la sentencia referida en fecha 27 de julio de 2016.

En el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares reguladoras del contrato pendiente de formalización y adjudicado a FCC, S.A, se incluyó la siguiente cláusula nº 23, así como, Anexo I, del siguiente tenor literal.

“ 23”. FINANCIACIÓN DE LAS INVERSIONES AFECTAS AL SERVICIO QUE SE ADSCRIBEN AL CONCESIONARIO.

Corresponde al adjudicatario asumir la financiación de las inversiones del servicio que se le adscriben consistente en el Parque de Servicios de Recogida de Residuos y Limpieza Viaria, por importe de 915.828,10 Euros. Dicho importe deberá ser ingresado en la Tesorería Municipal con antelación a la adjudicación del contrato.

Para hacer frente a dicha financiación, el concesionario percibirá mensualmente la cantidad de 5.068,00 Euros, cuantía que incluye el pago de intereses y la amortización del capital, según tabla que figura en el Anexo I.

Dicho importe no será objeto de revisión durante la vigencia del contrato y, en su caso, las posibles prorrogas, ni podrá ser considerado a los efectos de un posible restablecimiento del equilibrio económico de la concesión.

Corresponderá al Ayuntamiento satisfacer al concesionario la cantidad pendiente de amortización en el momento de finalización o resolución del contrato, cualquiera que sea su causa.

La cantidad pendiente de amortizar en cada fecha será la que derive de un cuadro de amortización de un préstamo, calculado según un sistema francés pospagable, por el importe de 915.828,10 Euros, a un tanto nominal del 4,25% anual del que resulta un tipo de interés mensual de 0,354167% y un plazo de 289 mensualidades a contar desde el inicio de lo vigencia del contrato. Según cuadro de amortización que se incluye como Anexo I a este pliego.

Mensualmente se emitirá factura, exenta de IVA por importe de 5.068 euros, en la que se hará referencia al importe principal del préstamo, al número de mensualidad que se corresponde según el cuadro del Anexo I, desglosando la parte de capital e intereses e informando del capital pendiente de amortizar después del pago de la cuota, todo ello de conformidad al cuadro de amortización del préstamo establecido Anexo I.

(...) [A continuación consta reproducido el Anexo I donde figura el cuadro de amortización del préstamo, con las 289 mensualidades]

La inclusión de la Cláusula 23 del PCAP y el Anexo I más arriba expuestos, traen causa del contrato, aún en vigor, de “Concesión del Servicio Municipal de Recogida de Residuos, Limpieza Viaria y Servicios complementarios”, con la empresa SERVICIOS DE LEVANTE, S.A., tal y como consta en el informe de la Tesorería Municipal de fecha 24 de septiembre de 2014, que forma parte del



expediente de contratación, que ahora nos ocupa, adjudicado a FCC, S.A., y que a efectos aclaratorios y como antecedentes se transcribe a continuación:

"En fecha 15 de marzo de 2006, SELESA propone que la partida de 24.000 euros anuales que, en concepto de alquiler de instalaciones contempla el contrato del servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y servicios complementarios pueda repercutir en la construcción de una instalación que revierta al patrimonio del Ayuntamiento con las siguientes condiciones de financiación:

La instalación se presupuesta en 824.357 euros. Estimando un coeficiente (Kt) de revisión de precios constante de 1,045, el capital se amortizaría en un periodo de 30 años y dos meses y supondría un coste previsto de 1.679.795 euros.

La financiación permanecería mientras se mantenga la relación contractual entre el Ayuntamiento de Crevillent y SELESA. En el caso de cese de dicha relación el nuevo adjudicatario debería satisfacer el importe pendiente de amortizar.

Atendiendo a la propuesta anterior, el Pleno del Ayuntamiento de Crevillent de fecha 25 de abril de 2006, adoptó los siguientes acuerdos:

"Primero. Aprobar la sustitución del alquiler del inmueble, incluido en la oferta económica por importe de 24.000 euros anuales, por la construcción de una instalación.

Segundo. Fijar el coste del proyecto en 824.357 euros cantidad a amortizar en un plazo máximo de 30 años y dos meses. De dicho importe se compensará el fondo de 112.417,5 euros correspondientes a la partida de la plica de reforma del parque central.

Tercero. El proyecto se financiará mediante compensación con el importe del alquiler de parque actualizado anualmente por el Kt que apruebe el Pleno una vez realizada la construcción.

Cuarto. El importe propuesto por SELESA, con carácter provisional, debe ser objeto de actualización definitiva en la revisión de precios de cada ejercicio."

En fecha 23 de junio de 2009, SELESA comunica al Ayuntamiento de Crevillent que el presupuesto total de construcción del Parque de Servicios y la prolongación del Colector Municipal asciende a la cantidad de 1.114,571 euros y solicita la aprobación de la repercusión al Ayuntamiento mediante la forma de financiación aprobada por el Pleno Municipal de fecha 25 de abril de 2006.

En fecha 16 de febrero de 2011, SELESA comunica al Ayuntamiento de Crevillent, entre otras, las siguientes cuestiones:

-La explotación de las instalaciones del "Parque de Servicios" se inicia el 1 de junio de 2009.

-En relación a la compensación del fondo de 112.417,5 euros, atendiendo que el acuerdo del Pleno de fecha 25 de abril de 2006 no establece los términos de la compensación, se proponen dos

formas de amortización.

En ambos casos, a la finalización del contrato quedara como deuda del Ayuntamiento de Crevillent el capital pendiente de amortizar, que deberá satisfacer el nuevo adjudicatario del servicio.

En fecha 29 de enero de 2013, SELESA comunica al Ayuntamiento de Crevillent, entre otras, las siguientes cuestiones:

Advertido error por parte de la Tesorería Municipal y de los técnicos de la empresa en la cuantía a financiar en la propuesta presentada el 16 de febrero de 2011, se propone para su aprobación una nueva propuesta con las cuantías ya corregidas, así como las correspondientes a obras complementarias no previstas que suman 14.265 euros. Así el capital a financiar es de 915.828,10 euros y se proponen las siguientes condiciones:

Interés financiero del 4,25 euros según propuesta del año 2005.

Plazo de amortización de 30 años y dos meses, según acuerdo del Pleno de fecha 25 de abril.

Cuota anual no inferior a los intereses correspondientes al periodo: en caso de ser la cuota superior a la partida de alquiler de las instalaciones incluida en el contrato de servicios, debe practicarse una liquidación adicional, de manera que queden establecidos periodos de carencia iniciales.

El capital a financiar corresponde a las inversiones realizadas, más gastos asociados a la obra, menos el importe de la mejora incluida en el contrato.

Por acuerdo del Pleno de 30 de junio de 2014 y existiendo Dictamen de la Consultora Garrigues sobre la construcción de la nave en el seno del contrato de gestión del servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y servicios complementarios del municipio, de junio de 2010 e informe de la Consultora Faura-Casas, de 30 de diciembre de 2013, sobre los efectos económicos-financieros del acuerdo del Pleno de fecha 24 de mayo de 2006 relativo a la financiación de las instalaciones realizadas por SELESA, se aprobó en el ejercicio del ius variandi:

El cuadro de amortización de la deuda con la mercantil SELESA.

La obligación de pagar el saldo pendiente de amortizar en el momento de finalización del contrato.

Se declaró la intención de recoger en los pliegos de la futura contratación del servicio, la condición de que el adjudicatario de esta sea el que asuma el coste de la inversión pendiente de amortizar de satisfacer a SELESA.

CONSIDERACIONES

Primero. De acuerdo con los antecedentes citados ut supra y en concreto con el acuerdo de Pleno de 30 de junio de 2014, el Ayuntamiento tiene que devolver a la mercantil SELESA la cantidad de 915.828,10 euros del coste de la construcción de la nave de servicios en el seno del contrato de



gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y servicios complementarios.

Para ello el Ayuntamiento en la licitación del nuevo contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria deberá contemplar una cláusula en la que el adjudicatario se obliga a aportar en el momento de inicio del contrato la cantidad de 915.828, 10 euros, en concepto de préstamo. Con las siguientes características, 289 periodos mensuales tipo de interés anual el 4,25€ y sistema de amortización de cuota constante y pospagable. Resultando un cuadro de amortización que se resume y que en su detalle se anexa al presente informe.

Obligándose el Ayuntamiento a pagar la cuota mensual que resulte. Y obligándose el Ayuntamiento en el momento que finalice la concesión a reembolsar la cantidad pendiente de amortizar que resultase del cuadro que se anexa en función del tiempo efectivo que dure la concesión.

SEGUNDO. Del propio informe de la consultora Faura Cases de 30 de diciembre de 2013, se desprende la oportunidad de la inclusión de esta cláusula en el contrato desde una perspectiva financiera, al conseguirse la financiación a un plazo superior al que se conseguiría en el mercado financiero y en unas condiciones de tipo fijo que a juicio del que suscribe son razonables.

La oportunidad de conseguir una financiación a mayor plazo, viene desde una perspectiva económica y de hacienda pública, al considerarse que las inversiones y en mayor medida las públicas deben financiarse en un marco temporal cercanos a la vida útil.

Así la Nave de Servicios de Limpieza Viaria y residuos sólidos, puesta en funcionamiento el 1 de junio de 2009, se le asigna un coeficiente máximo de amortización del 3% esto es 33 años. Siendo preferible una opción más cercana a los 30 años que a los 15 años, según las tablas de amortización aprobadas como documento Anexo al Reglamento del impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto 1777/2004.

CONCLUSIÓN

PRIMERO. Se considera conveniente desde una perspectiva económico financiera, buscar la financiación de la obra en el seno del contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria, por ser el periodo de financiación mas cercano a la vida útil de la inversión y así poder distribuir en el tiempo los beneficios y las cargas de la misma. El fijar un préstamo a tipo fijo tiene una ventaja a la hora de la gestión presupuestaria y por otra parte el tipo se considera razonable.

SEGUNDO. Para dar cumplimiento a lo señalado en el acuerdo Plenario de junio de 2014, deberá incluirse en el Pliego del Contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria, la obligación del adjudicatario de abonar en el momento de inicio del contrato una cantidad de 915.828,10 euros en concepto de préstamo. Que será reembolsada parcialmente de acuerdo con las siguientes condiciones 289 periodos mensuales, a un 4,25% anual de tanto nominal 0,354166666666667% y cuyo cuadro resumen se desglosa y el cuadro entero se

anexa:

ANEXO (MISMO ANEXO I CLÁUSULA 23 PCAP)

Debiendo reseñarse en el Pliego, la obligación del Ayuntamiento de reintegrar en el momento de finalización de la concesión el saldo pendiente de amortizar a esa fecha."

Atendido lo anterior, y como ha quedado expuesto mas arriba, se incluye en el PCAP reguladoras de la contratación de la "Gestión del Servicio Público de Recogida, Transporte de Residuos, Limpieza Urbana y Gestión del Ecoparque', la referida Cláusula 23ª y el Anexo I, así como otras relacionadas con los mismos, como son las cláusulas 5ª y 17ª, que se exponen a continuación:

"5ª. PRESUPUESTO DE CONTRATACIÓN.

El presupuesto máximo de licitación asciende a un total de UN MILLÓN NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL VEINTISIETE EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS ANUALES (1.952.027,90.- €/año) IVA excluido. A la cantidad anterior le corresponde en concepto de 10% Impuesto sobre Valor Añadido 195.202,79-€, lo que hace un total de DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA EUROS CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS ANUALES (2.147.230,69€/año) IVA incluido. Este presupuesto corresponde a los servicios de recogida y limpieza, sin incluir el coste de eliminación.

Adicionalmente a las cuantías que queden establecidas tras el proceso de licitación por los servicios de recogida y limpieza, el Concesionario percibirá anualmente la cantidad de 60.816,00 Euros en concepto de amortización de capital e intereses por la financiación de las inversiones que se regulan en la clausula 23ª y el cuadro de amortización incluido en el Anexo I.

Se han cumplido los tramites precisos para asegurar la existencia de crédito presupuestario en las aplicaciones presupuestarias: 10-1620-22740,' 10-1620-22742,' 10-1620-22743,' 10-4310-22700, para atender a las obligaciones que se deriven para esta entidad local del cumplimiento del contrato.

En el caso de que la ejecución del contrato deba iniciarse en el ejercicio siguiente al de su formalización, la adjudicación queda sometida a la condición suspensiva de la existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas del contrato en el presupuesto del ejercicio correspondiente.

El valor estimado del contrato, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 88 del Texto Refundido de la LCSP es de 30.192.658,5 euros para una duración diez años y la posibilidad de prórrogas anuales hasta un máximo de cinco años. El valor estimado del contrato, incluye el presupuesto máximo de licitación, IVA excluido, así como la cantidad que el concesionario percibirá anualmente en concepto de amortización de capital e intereses por la financiación de las inversiones que se regulan en la clausula 23ª y el cuadro de amortización incluido en el Anexo I, esto es, de 60.816,00 Euros.



17ª. ADJUDICACIÓN.

La adjudicación del contrato corresponde al Pleno.

El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo 152. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes.

El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente mas ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos. Se delega en la Alcaldía la competencia para efectuar los actos referidos en esta cláusula, previos a la adjudicación del contrato.

El adjudicatario deberá presentar la siguiente documentación:

- Certificación de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.*
- Certificación de hallarse al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social.*
- Alta o último recibo del Impuesto sobre Actividades Económicas, en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, que les facilite para su ejercicio en el municipio.*
- Documentos acreditativos de la efectiva disposición de los medios que, en su caso, se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato.*
- Recibo en vigor y póliza de seguro que cubra suficientemente la responsabilidad civil para todos los riesgos posibles derivados de la concesión.*
- Justificante de haber constituido la garantía definitiva equivalente al 5% del precio de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 96 del Texto Refundido de la LCSP. La garantía definitiva responderá de los conceptos mencionados en el art. 100 del Texto Refundido de la LCSP.*
- Justificante de haber ingresado en la Tesorería Municipal el importe de 915.828,10 Euros, en concepto de financiación de las inversiones del servicio que se le adscriben consistente en el Parque de Servicios de Recogida de Residuos y Limpieza Viaria, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 23ª de este Pliego.*

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas "

CONSULTA:

Atendido lo anterior, se plantea en estos momentos, por parte de la Intervención y Tesorería Municipales, y en todo caso, una vez se perfeccione el contrato mediante su formalización, la necesidad de amortizar anticipadamente parte del préstamo referenciado en la cláusula 23 y el Anexo I del PCAP del contrato que nos ocupa, y ello, motivado por la obligación legal existente, de destinar íntegramente los ingresos obtenidos por encima de los previstos en el presupuesto, a la reducción del nivel de deuda pública de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, así como la obligación del destino del superávit presupuestario a la reducción del nivel de endeudamiento neto en los términos previstos en el artículo 32 y la disposición adicional sexta de la citada Ley. Además, argumentan que si bien, no se hace constar en el PCAP, de manera expresa, la posibilidad de amortización anticipada del préstamo, esta posibilidad es una característica consustancial a cualquier contrato de préstamo. Y si es necesario se propone que se modifique el contrato, para evitar contravenir dicha norma.

Sin embargo, por parte del Departamento de Contratación se plantean dudas sobre la posibilidad de su modificación y si nos encontraríamos ante una modificación esencial del contrato.

En este sentido el PCAP destina su Cláusula 29ª a la modificación del contrato, remitiéndose a lo establecido en el TRLCSP, cuyo tenor literal es el siguiente:

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 282 del TRLCSP la Administración podrá modificar por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en el Título V del Libro I, las características del servicio contratado, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el art. 211 y 108, que serán los supuestos establecidos en el Artículo 107 para la modalidad de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.

Cuando las modificaciones afecten al régimen económico financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo



establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.

b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley.

En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, cuando actuaciones de la Administración o causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, entendiéndose a estos efectos, por causas de fuerza mayor, las enumeradas en el artículo 231 del TRLCSP, podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

No obstante, en el caso de ampliaciones será necesario justificar que las mismas no pueden ser realizadas mediante reorganización del servicio y de los medios ofertados por el adjudicatario.

Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156 TRLCSP”

De las determinaciones contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, resulta una regulación restrictiva de las modificaciones contractuales, estableciéndose en el artículo 219 que los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el Título V del Libro I. Dos son, por tanto, los requisitos acumulativos que han de exigirse, por una parte, la acreditación de razones de interés público y, por otra, la concurrencia de alguno de los casos previstos en el Título V del Libro I, es decir, artículos 105 a 108.

Del artículo 105 resultan dos casos en los que cabe la modificación de los contratos: “cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107. Y, en cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes”

Por tanto, debemos analizar en primer lugar, si el PCAP prevé la posibilidad de modificación del contrato, y en su defecto, analizar si se dan algunos de los supuestos del artículo 107. Analizado el PCAP y en particular la Cláusula 29º del mismo, nos encontramos ante una modificación contractual no contemplada en la documentación que rige la licitación, por lo que falta en este caso, como consecuencia de su carácter, el requisito de publicidad previa, debiendo actuar con mayor cautela todavía si cabe, a fin de evitar abusos no queridos por la Ley.

Constatado lo anterior, efectivamente, concurre en el supuesto que nos ocupa razón de interés público, que no es otro, que la obligación de reducción del nivel de endeudamiento municipal. No obstante, además de que el interés público deba ser claro, patente e indubitado (Dictamen del Consejo de Estado número 42.179, de 10 de mayo de 1991), debe aclararse que la concurrencia de razones de interés público constituye requisito necesario pero no suficiente para poder acometer una modificación contractual.

De un análisis del Pliego de Condiciones, se desprende que nos encontramos, en realidad con dos contratos, uno de carácter administrativo y otro de carácter privado. Un primer contrato, el principal de Gestión de Servicio Público, que tiene por objeto la gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria. Y un contrato accesorio de Préstamo regulado sucintamente en la cláusula 23 del PCAP y en el Anexo I.

Atendido lo anterior, cabría plantearse, dos posibilidades:

A) Atender al carácter "lex contractus" del PCAP, debiendo estar a lo establecido en el mismo, entendiéndolo como un todo, e invocar que existe un error en el pliego, al no contemplar la posibilidad de amortización anticipada en la cláusula 23ª y Anexo I del PCAP e incluirlo en el supuesto 107.1.a) del 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. Dado que en última instancia podría suponer que el PCAP contraviene la normativa de la LO2/2012 de Estabilidad Presupuestaria.

En este caso, nos encontraríamos un segundo escollo, en el artículo 107, pues en su apartado segundo, establece que "La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria."

Y en su apartado tercero dispone que "A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

.....

e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.



Particularmente preocupa el supuesto previsto en el apartado e) del precepto referido, que constituye una cláusula de cierre o residual donde caben todos aquellos supuestos no mencionados en otros apartados, pero que igualmente pudieran distorsionar la competencia. En tal sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-496/99, Comisión/CAS Succhi Di Frutta, así como la Comisión Europea en su comunicación interpretativa de fecha 5 de febrero de 2008, entienden como esencial aquellas modificaciones que de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente, enumerándose como esenciales, en el asunto referido C-496/99 P, "la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse" y en la Comunicación citada "el objeto de los trabajos o de los servicios a prestar por el adjudicatario o el canon impuesto a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario"

La Sentencia del TJUE antes referida, concluye que los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución. Tal como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en Informe 47/1998, de 17 de marzo de 1999 "deben fijarse los límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos en el sentido de que, mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos mediante el sistema de licitación pública. De modo 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, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que debe presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concedores de la modificación que posteriormente se produce".

Aunque atendiendo al criterio de los Servicios Económicos, se podría considerar desproporcionado y contrario a la equidad, aplicar las limitaciones del artículo 107.3 estrictu sensu a la modificación de una cláusula de un contrato accesorio y entender que dichas limitaciones tienen que operar para el contrato principal.

B) Partir del hecho de encontrarnos en el PCAP, con dos contratos, uno de carácter administrativo y otro de carácter privado, Un primer contrato, el principal de Gestión de Servicio Público, que tiene por objeto la gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria. Y un contrato accesorio de Préstamo regulado sucintamente en la cláusula 23 y en el Anexo I del PCAP.

El contrato principal esta sometido en su totalidad a la normativa del TRLCSP mientras que el accesorio tiene la naturaleza de privado. Al respecto, y por su importancia en el caso que nos ocupa, se hace necesario señalar, que el TRLCSP, dispone en su artículo 20.2 que serán de aplicación a los contratos privados las normas contenidas en el Título V del Libro I, sin embargo, si nos remitimos a los antecedentes más arriba expuestos (informe Tesorero Municipal de fecha 24 de septiembre de 2014) se constata que el préstamo referido, supone la subrogación en la parte del

prestatario de un préstamo ya concedido por el anterior concesionario y que data del año 2006, aprobándose las condiciones del mismo, por acuerdo del Pleno de fecha 25 de abril de 2006.

En el año 2006 se encontraba en vigor el Real Decreto Legislativo de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), que en su artículo 9 regulaba el régimen jurídico de los contratos privados, estableciendo que "...éstos se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por el TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado". Es posteriormente, con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando las normas relativas a la modificación de los contratos, previstas en el Título V del Libro I, resultan de aplicación, también a los contratos privados. Considerando, por tanto, no aplicables los artículos 105 a 108 del TRLCSP, al contrato de préstamo referido, pudiendo, en consecuencia, modificar la cláusula 23 y el Anexo I del PCAP sin atender a las limitaciones y restricciones que establece la actual normativa en materia de contratación pública.

*Atendido lo anterior, se plantea la duda, acerca de la calificación que cabría dar a la modificación de la cláusula 23 y el Anexo I, del PCAP **en el sentido de proceder a la amortización anticipada del préstamo al que hacen referencia, es decir, si nos encontramos ante una modificación esencial de las condiciones del contrato, y por lo tanto, no permitida, o si por el contrario, no entraría dentro de esa categoría, pudiendo llevarse a cabo tal modificación.** Máxime por el conflicto que genera con la aplicación de la LO 2/2012.*

Por lo expuesto, se solicita a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, tenga a bien informar sobre la posibilidad de modificación de la Cláusula 23 y Anexo I del PCAP que nos ocupa, mediante la amortización anticipada del préstamo al que se refieren (una vez perfeccionado el contrato mediante su formalización) o si por el contrario no concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y por tanto, no tiene cabida la modificación objeto de esta consulta.

A petición de la Secretaría de la Junta, en fecha 13 de octubre de 2016 se ha recibido copia del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobado por el pleno de la corporación en fecha 27/10/2014, así como certificación del acuerdo del mismo órgano, de 26 de septiembre de 2016, por el que *se rechaza levantar la suspensión recaída sobre el procedimiento de contratación y la formalización del contrato.* En dicha certificación constan las siguientes circunstancias acontecidas en el procedimiento citado:

- La adjudicación del contrato, acordada por el Pleno del Ayuntamiento el 20 de abril de 2015, fue objeto de recurso especial en materia de contratación y anulada por Resolución 548/2015, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que dispuso la nulidad del procedimiento de licitación por calificación errónea o indebida del contrato.
- Interpuesto recurso contencioso-administrativo por la empresa adjudicataria contra la citada Resolución del TACRC, el Ayuntamiento acordó el 31 de julio de 2015 suspender el expediente y la



formalización del contrato, así como devolver a la empresa el importe de 915.828,10 euros entregado al Ayuntamiento en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 23 del PCAP.

- Por Sentencia de 20 de mayo de 2016, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, se estima el recurso presentado por la empresa contra la Resolución del TACRC, anulándola y declarando la conformidad a derecho del Acuerdo de 20 de abril de 2015, por el que se adjudicaba el contrato a dicha empresa.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La consulta del Ayuntamiento de Crevillent plantea una duda sobre los límites de las modificaciones contractuales en un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, que debe su complejidad a la circunstancia de producirse un cambio de concesionaria tras la finalización del contrato anterior y la licitación del que es objeto del presente informe, unido al cúmulo de prestaciones diferentes que comprende, a la existencia de deudas reconocidas a favor de la concesionaria anterior y a la pretensión del Ayuntamiento de que sea la nueva adjudicataria la que financie el pago aplazado de dichas deudas. La consulta viene referida a la posibilidad de modificar lo establecido en la cláusula 23 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación, relativa a la financiación de inversiones por el concesionario. Sin embargo, como expondremos a continuación, el problema radica en la dudosa conformidad a derecho de esa cláusula y en cómo afecta esta circunstancia a la licitación del contrato.

El objeto del contrato, tal como figura descrito en la cláusula 1ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobado por acuerdo del pleno de la Corporación de 27/10/2014 (en lo sucesivo PCAP), comprende los servicios de recogida y transporte de residuos, la limpieza urbana y la gestión del ecoparque, “bajo la modalidad de concesión (...)”. Asimismo, en dicha cláusula se califica el contrato como de gestión de servicios públicos, acogiéndose a la definición que de este tipo se hace en el artículo 8 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La descripción anterior se completa en la cláusula 2ª del PCAP mediante la enumeración de los códigos y descriptores de las actividades que definen el objeto del contrato, incluyéndose los siguientes:

- Servicios de recogida de desperdicios sólidos urbanos
- Servicios de recogida de desperdicios domésticos
- Servicios de recogida de basuras
- Servicios de recogida de papel
- Servicios de transporte de desperdicios
- Servicios de limpieza y barrido de calles
- Servicios de limpieza de pintadas
- Servicios de limpieza de sumideros
- Trabajos de desbroce

- Contenedores de basura
- Contenedores de residuos
- Servicios de almacenamiento y depósito.

De lo anterior se desprende que el objeto del contrato, tal como se licitó según hemos podido comprobar en los correspondientes anuncios publicados, comprende, en resumen, tres grupos de servicios:

- Servicios de recogida y transporte de residuos (desperdicios, basuras y papel, contenedores).
- Servicios de limpieza urbana (calles, pintadas, sumideros y desbroces).
- Servicios de ecoparque (almacenamiento y depósito, contenedores).

Como puede observarse, en la descripción del objeto del contrato no hay ninguna referencia a que este comprenda la concesión de préstamo alguno por el adjudicatario o negocio jurídico análogo. No obstante, como una obligación *sui generis* que no se encuentra entre las obligaciones del concesionario establecidas en la cláusula 21 del PCAP y que tampoco tendría cabida entre las condiciones especiales de ejecución previstas en el artículo 118 del TRLCSP, en la cláusula 23 del PCAP se afirma que “corresponde al adjudicatario asumir la financiación de las inversiones del servicio que se le adscriben consistente en el Parque de Servicios de Recogida de Residuos y Limpieza Viaria, por importe de 915.828,10 euros” y que dicho importe “deberá ser ingresado en la Tesorería Municipal con antelación [*sic*] a la adjudicación del contrato”. En contraprestación, el Ayuntamiento se compromete a devolver al adjudicatario dicha cantidad, más los intereses devengados al 4,25% anual, en 289 mensualidades.

En la cláusula 3ª del PCAP se hace constar la documentación preparatoria que obra en el expediente de la contratación y, entre ella, consta que la obligación financiera anterior responde a un informe de la Tesorería Municipal. De acuerdo con la información facilitada, las mencionadas inversiones no corresponden a proyectos de obras que deban ejecutarse para el establecimiento del servicio, sino que se deduce que en el momento de la licitación dichas instalaciones se encontraban ya ejecutadas y en uso, financiadas en su día por la anterior concesionaria con el compromiso de que al término de la concesión se le abonaría el importe pendiente de amortizar.

Efectivamente, tal como apunta la propia consulta formulada por el Ayuntamiento, la cláusula 23 del PCAP encubre la obligación, para el licitador que resulte seleccionado como adjudicatario, de conceder al Ayuntamiento un *préstamo* en las condiciones establecidas en dicha cláusula y en el anexo I del PCAP, donde se reproduce el cuadro de amortización y los intereses que se abonaran para devolver la cantidad prestada. A mayor abundamiento, aunque la citada cláusula ha evitado utilizar dicho término, el cuadro 1.2 del Anexo se titula como “Cuadro préstamo desglosado” y el resumen se describe como “Cuadro préstamo nave Servicios RSU y limpieza viaria”, motivo por el que no cabe la menor duda de que se incluye en la contratación el requisito de la aceptación de un negocio jurídico con dicha finalidad si se quiere acceder a la adjudicación.

Sin embargo, no puede aceptarse la tesis, planteada en la consulta, de que dicho préstamo pudiera considerarse un contrato privado accesorio si con dicha calificación se pretende afirmar que depende de lo que en el escrito de la consulta se califica como contrato principal, esto es, el



contrato de gestión de servicios públicos. La obligación de conceder el préstamo indicado y de ingresar su importe en la Tesorería Municipal se establece como previa a la adjudicación y formalización, es decir, como condición suspensiva de la adjudicación si el licitador propuesto no se aviene a ella y, por tanto, difícilmente puede considerarse accesoria, puesto que persigue la exclusión del licitador que no la acepte.

Por otra parte, resulta que, al mismo tiempo que para poder acceder a la adjudicación del contrato se establecía el requisito de concederle al Ayuntamiento un préstamo de 915.828,10 euros y de ingresarlos en una cuenta de su titularidad, en la cláusula 12 del PCAP, relativa a la documentación acreditativa de la aptitud para contratar que debían presentar los licitadores, no se establecía ningún requisito mínimo de solvencia económica y financiera (solo se enumeran los medios para acreditarla), ni tampoco uno concreto de solvencia técnica o profesional, salvo el complementario de tener implantado un sistema de gestión ambiental. De esta forma, la concesión del préstamo citado devino en el único requisito para poder acceder a la adjudicación del contrato y su aceptación condición *sine qua non* para no ser excluido del procedimiento de contratación, tal como se desprende del modelo de proposición económica que figura en la citada cláusula del PCAP.

Es decir, la cláusula 23 del PCAP entra en contradicción con las cláusulas 1ª y 2ª del PCAP que definen el objeto del contrato y en las que se omite que dicho contrato comprende la concesión de un préstamo al Ayuntamiento, imponiéndolo después como una condición especial para acceder a la adjudicación del contrato que no se encuentra amparada por las normas básicas en materia de contratación, ni tampoco por las establecidas en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

En conjunto, todo lo anterior constituye un grave incumplimiento de las referidas normas básicas, al establecer, por una parte, un requisito para contratar que excede lo permitido por ellas y, por otra, omitir el cumplimiento de las mismas, en particular, lo dispuesto en el artículo 62 del TRLCSP. E incluso si se descartase esta tesis y se aceptase que la concesión del préstamo formara parte del objeto del contrato, aunque ni en el PCAP ni en el anuncio figura así, nos encontraríamos con un incumplimiento del artículo 54.2 y 57.1 del TRLCSP, ya que quienes concurren a la licitación tendrían que acreditar estar habilitados o tener capacidad para prestar servicios financieros, además de reunir los requisitos de solvencia económica y financiera y técnica o profesional adecuados para el conjunto de prestaciones comprendidas en el contrato y que deberían haber figurado en el PCAP.

En este último supuesto, la cláusula 23 del PCAP contravendría, entre otros, lo dispuesto en el artículo 25 del TRLCSP al reunir prestaciones de contratos administrativos y privados que no mantienen una relación de complementariedad que exija necesariamente su consideración como una unidad funcional. La concesión de un préstamo es una prestación independiente que debe ser objeto, en su caso, de un contrato privado excluido del ámbito de aplicación de la LCSP y, a su vez, la adjudicación de un contrato administrativo de gestión de los servicios públicos, en la modalidad de concesión y conforme a las normas del TRLCSP, como sucede en este caso, no puede estar sometida a la aceptación de condiciones o contratos ajenos a dicha finalidad y no regulados por dicha ley.

Además, si se aceptara la tesis apuntada en la consulta del Ayuntamiento, en el sentido de que el préstamo constituiría un contrato privado distinto y accesorio del de la concesión, aun debería objetarse que, al establecerse en la repetida cláusula 23 del PCAP la obligación de conceder e ingresar el importe del préstamo “con antelación a la adjudicación del contrato”, se contravendría también, en el fondo y en la forma, lo dispuesto en el artículo 32, apartado d), del TRLCSP, que establece como causa de nulidad todo acto o resolución que otorgue, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

Por todo ello, esta Junta entiende que en la consulta planteada por el Ayuntamiento no se trata de resolver la cuestión de si es posible plantear una modificación del contrato que afecte sólo a la cláusula 23 del PCAP, sino que la inclusión de esta cláusula en el Pliego, estableciendo un requisito para contratar que excede lo previsto en las normas básicas en materia de contratación, constituye un vicio de nulidad que afecta a todo el procedimiento y que el Ayuntamiento debe resolver mediante la tramitación de la correspondiente revisión de oficio conforme a las normas aplicables.

En el mismo sentido, no es posible tampoco sustraerse a los motivos por los que la licitación del contrato fue anulada por Resolución 548/2015, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), pues en este caso no es óbice la circunstancia de que dicha resolución haya sido anulada, a su vez, por la Sentencia de 20 de mayo de 2016 del TSJCV citada en los antecedentes, dado que dicha sentencia se dictó por allanamiento de la parte demandada, motivo por el que, a su vez, el TSJCV no entró a valorar el fondo del asunto ni a examinar los argumentos expuestos en la Resolución del TACRC.

En la citada Resolución, cuyos consideraciones y fundamentos esta Junta comparte y ha hecho suyos en anteriores informes, el Tribunal recuerda que “el elemento característico de toda concesión de servicios públicos consiste en la asunción por el contratista de la totalidad o una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio”. Y si esa característica no se da, como sucede en el contrato objeto del presente informe, visto que la retribución del concesionario no depende en parte alguna de la utilización del servicio por los usuarios, a tenor de lo que disponen las cláusulas 30 y 24 del PCAP y tal como pone de manifiesto el Tribunal, lo que se deduce es que nos encontramos ante un contrato típico de servicios calificado errónea e indebidamente como de gestión de servicios públicos o de concesión, lo que resulta agravado por el hecho de que el plazo de duración se establece en diez años prorrogables por otros cinco, superando por tanto el plazo máximo que pueden tener los contratos de servicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 303 del TRLCSP.

CONCLUSIÓN

La exigencia de la concesión de un préstamo al Ayuntamiento como requisito para contratar con éste o acceder a la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos, o de servicios, comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, contraviene lo dispuesto en los artículos 54 y 62 del vigente texto refundido de dicha Ley, así como las restantes normas básicas aplicables relativas a los medios y requisitos exigibles para acreditar la aptitud de



los licitadores para contratar con el Sector Público. En consecuencia, tal exigencia es causa de nulidad del procedimiento de licitación seguido y no es susceptible de modificación contractual alguna.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

Vº Bº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)

LA SECRETARIA



APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 30 de
noviembre de 2016

VICEPRESIDENTA