



Informe 7/2022, de 17 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Possibilitat de modificar un contracte de gestió de serveis públics en modalitat de concessió adjudicat sota la vigència del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques i d'incorporar l'amortització pendent per les inversions efectuades amb ocasió de dita modificació en el contracte subsegüent

ANTECEDENTS

I. Des de l'Ajuntament de Lleida s'ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Pública sobre si suposa una modificació substancial l'ampliació d'un contracte de gestió de serveis municipals de neteja viària, de recollida i transport de les diferents fraccions de residus urbans i altres serveis complementaris, per implantar el sistema de recollida porta a porta a tota la ciutat, així com sobre la possibilitat d'incorporar les amortitzacions pendents al nou contracte o sistema que doni continuïtat a la prestació del servei.

D'acord amb la [Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre](#), d'aquesta Comissió Permanent sobre els requisits que han de reunir les sol·licituds d'informe, a la petició s'adjunta un informe emès per la coordinadora de sostenibilitat de l'Ajuntament, en relació amb la "Definició de criteris per a la modificació del contracte de recollida de residus de Lleida per incrementar els nivells de recollida selectiva". A més, s'adjunten dos documents elaborats per consultores externes relatius a "Justificació tècnica per a la modificació del contracte actual per a la implantació del nou sistema de recollida de residus" i "Informe sobre les formes de gestió dels serveis de recollida de residus urbans i neteja viària de la ciutat de Lleida". En aquesta documentació es fa constar que el contracte que motiva la petició d'informe es va adjudicar el 28 d'octubre de 2005, amb una durada inicial prevista de 10 anys i amb una durada màxima, incloses les pròrrogues, de 20 anys. S'estableix també que en data 27 de març de 2015 es va modificar el contracte per introduir la recollida de residus porta a porta en quatre zones de la ciutat, en concepte de prova pilot, i que s'ha prorrogat en dues ocasions, per un període de 2 anys i de 6 anys, fins el 16 de març de 2024.

D'altra banda, s'indica que el plec de condicions tècniques inicials proposava les fraccions de recollida de residus establint els aspectes bàsics de l'abast del servei, l'àmbit, la freqüència i els horaris, etc., i que es deixava l'organització del servei a definir dins del projecte tècnic del servei que presenti l'empresa. Així mateix, s'assenyala que, fins a l'actualitat, s'han anat realitzant adaptacions dels sistemes de recollida per tal d'incorporar les millores tècniques disponibles i les condicions que permeten la millora de la recollida selectiva dels residus, i que el plec de condicions tècniques del contracte preveu que "Els àmbits territorial i funcional del servei poden evolucionar durant la vigència del contracte tant pel creixement urbà de la ciutat com per l'evolució de les tecnologies o la necessitat d'adaptar el servei a novetats legislatives. Això comportarà, en el seu cas, successives modificacions del projecte inicialment aprovat. Les successives modificacions seran incorporades al projecte inicial. Pel que fa als efectes econòmics, s'estarà a allò previst en la clàusula 38 del Plec de Condicions Administratives, al contingut del present Plec, a l'oferta presentada i als termes de l'acord d'adjudicació. A tal

efecte, es prendrà com a base l'equilibri inicial del contracte en base a l'estudi econòmic de l'oferta. La valoració de les modificacions, quan s'escaigui, s'efectuarà en base als preus unitaris de l'oferta presentada en aquest concurs (amb les actualitzacions per revisió de preus segons s'indica en aquest plec) i en base al temps i nombre de mitjans humans i materials reals que cal dedicar per a la prestació dels nous serveis encomanats. Tanmateix, els temps requerits podran determinar-se en base a les mesures dels equips que les empreses presentin en les seves ofertes”.

A més, en l'informe emès per la coordinadora de sostenibilitat de l'Ajuntament s'exposa que la modificació del contracte permetria assolir uns nivells de recollida selectiva que complissin els nivells establerts per les normatives europees, donar resposta a la situació d'emergència climàtica en relació amb el tractament de residus i la pèrdua de materials i establir les finances municipals vinculades a les despeses de tractament de residus directament gravades per la deposició de residus en abocador per manca de reciclatge. En aquest sentit, s'indica que la proposta de modificació estableix la zonificació de tota la ciutat i la tipologia de recollida més adequada en funció de les condicions urbanístiques i socials de cada àrea; les necessitats de serveis, freqüències i horaris de recollida adients; la previsió d'equips de recollida (personal i maquinària); les necessitats d'inversió en parc mòbil, tecnologia i material; i l'extensió de la tecnologia (tancament electrònic de contenidor d'orgànica, control d'aportació de bosses, aplicacions de comunicació amb els usuaris, etc.) instaurada a les proves pilot.

S'indica també en aquest informe que “el càlcul de l'amortització d'inversions de la proposta de modificació del contracte s'ha calculat en un període de 8 anys, corresponent a la vida útil dels vehicles i materials”, i que, “atès que la modificació del contracte prevista no altera el límit temporal de l'any 2024, caldrà que s'incorpori el material i vehicles adquirits i l'amortització pendent a les condicions del sistema que doni continuïtat de la prestació del servei de recollida de residus”, de manera que, atès que en els 2 anys que li resten de vigència al contracte no es podran amortitzar les inversions que comporta la modificació, es planteja la incorporació dels 6 anys d'amortització que restaran a aquestes inversions al nou contracte.

En aquest ordre de consideracions, es planteja literalment que “per tal de definir els criteris per abordar la modificació del contracte es considera pertinent demanar a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa que emeti informe sobre (1) si les modificacions proposades per implantar el sistema de recollida a porta a porta a tota la ciutat suposen una modificació substancial de l'objecte del contracte i (2) sobre la possibilitat d'incorporar les amortitzacions pendents al nou contracte o sistema que doni continuïtat de la prestació del servei de recollida de residus”.

II. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació pública, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Amb caràcter previ a l'anàlisi de les qüestions plantejades, a la vista del seu contingut i termes, cal recordar que, d'acord amb el Decret 376/1996, de 2 de desembre, la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya té caràcter d'òrgan consultiu específic en matèria de contractació pública dels òrgans de contractació de Catalunya i, en aquest sentit, exerceix la seva funció de resoldre consultes de caràcter general sobre la interpretació i l'anàlisi de les normes jurídiques en matèria de contractació pública i sense substituir ni suplir les funcions consultives que tenen assignades altres òrgans consultius en els seus àmbits de competència respectius.

Així, s'emet aquest informe, sobre la base de l'anàlisi de les normes, de la doctrina i de la jurisprudència en matèria de contractació pública, en relació amb el supòsit de fet que origina la consulta, però sense entrar a valorar i sense informar del cas concret.

I. Règim jurídic aplicable i anàlisi de la viabilitat jurídica de la modificació d'un contracte de gestió de serveis públics subscrit sota la vigència del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny

Per tal de donar resposta a la qüestió plantejada, relativa a si les modificacions proposades per implantar el sistema de recollida porta a porta a tota la ciutat suposen una modificació substancial de l'objecte del contracte, s'ha de determinar, en primer terme, quin és el règim jurídic aplicable. La consulta fa referència a un contracte de gestió de serveis públics adjudicat el 28 d'octubre de 2005, sota la vigència del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (en endavant, TRLCAP). Per tant, per aplicació de l'apartat segon de la disposició transitòria primera de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), que disposa que "els contractes administratius adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta Llei es regeixen, pel que fa als seus efectes, compliment i extinció, inclosa la seva modificació, durada i règim de pròrrogues, per la normativa anterior", l'anàlisi de la qüestió plantejada s'ha de fer sota la perspectiva del TRLCAP.¹

Tanmateix, tractant-se la qüestió objecte d'anàlisi del règim de modificació dels contractes, caldrà tenir en compte en tot cas la necessitat de respectar la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE), servint de referència a aquest efecte el règim de modificació dels contractes vigents establert en la LCSP, mitjançant la qual es van transposar les directives 2014/23/UE, i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, que la positivitzen.²

¹ Si bé de conformitat amb la disposició addicional onzena de la [Llei 7/2022, de 8 d'abril, de residus i sols contaminats per a una economia circular](#), les entitats locals han d'adaptar els contractes per als serveis de recollida i tractament de residus de competència local a l'objecte de donar compliment a les noves obligacions de recollida i tractament de residus establertes en aquesta Llei en els terminis fixats, sempre que sigui possible en virtut de la LCSP.

² Així s'ha afirmat per aquesta Junta Consultiva, entre d'altres, en l'[Informe 16/2015](#), l'[Informe 9/2014](#), i

Per tant, la viabilitat jurídica d'una modificació contractual cal determinar-la tenint en compte el dret i la jurisprudència comunitàries, de manera que amb les modificacions no es poden vulnerar els principis que regeixen la contractació pública, i de cap manera es pot obviar que el règim actual vigent sobre les modificacions, per exigències del dret comunitari, és molt més restrictiu que el contingut en el TRLCAP, de forma que l'actual regulació ha de servir de paràmetre interpretatiu en tot cas.

Pel que fa a la regulació continguda en el TRLCAP, l'article 59 reconeixia com una prerrogativa de l'Administració la possibilitat d'introduir modificacions en els contractes administratius, si bé determinava que s'havia d'exercir dins dels límits i amb subjecció als requisits i als efectes assenyalats en el mateix TRLCAP i establia els requisits de caràcter formal que s'havien de complir. La regulació general de les modificacions es completava amb les previsions de l'article 101, de forma que l'òrgan de contractació, una vegada perfeccionat el contracte, només podia introduir modificacions per raó d'interès públic, sempre que fossin degudes a necessitats noves o a causes imprevistes, les quals havien de quedar degudament justificades a l'expedient. D'altra banda, l'article 163 del TRLCAP recollia la modificació dels contractes de gestió de serveis públics i establia que l'Administració, per raons d'interès públic, podia modificar les característiques del servei contractat i les tarifes que havien d'abonar els usuaris i que quan aquestes modificacions afectessin el règim financer del contracte havia de compensar al contractista per mantenir l'equilibri econòmic del contracte. Per tant, es donava preponderància a la continuïtat en la prestació del servei públic davant noves circumstàncies, de manera que s'exercia la prerrogativa de modificació unilateral del contracte sempre que es justificués degudament per raons d'interès públic.

[l'Informe 1/2013](#), que analitzen la possibilitat de modificar un contracte adjudicat abans de la reforma operada en matèria de modificació per la Llei d'economia sostenible (LES) i en [l'Informe 4/2011](#), en el qual es fa referència als dictàmens de la Comissió Jurídica Assessora, [102/10](#), de 8 d'abril, i [67/09](#), de 12 de març, en el qual afirma que l'ampliació radical de l'objecte contractual porta a plantejar en cada cas si, veritablement es tracta d'una modificació justificada per l'interès públic o si seria procedent un nou contracte. Així mateix, en [l'informe 4/2012](#), s'ha afirmat, respecte de la modificació d'un contracte subscrit sota el TRLCAP, estant en vigor el TRLCSP, que "tot i que la regulació ara continguda en el TRLCSP no resulti d'aplicació formal al supòsit concret objecte de la consulta, cal prendre-la com a referència per tal que en les modificacions contractuals es garanteixi el respecte als principis que informen la contractació pública". A més, cal recordar que també en la [Circular 1/2011 de l'Advocació de l'Estat, de 7 d'abril](#), sobre el règim de modificació dels contractes del sector públic, s'assenyalava que "El criterio correcto, por ajustado al derecho de la Unión Europea, consiste en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no solo para los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES; sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente están en fase de ejecución, y lo es en razón de que ese régimen de modificación de los contratos no surge *ex novo*, sino que bien exigido por el Derecho de la Unión Europea y, como ya se dijo, su implantación venía motivada por el desajuste del derecho español al derecho de la Unión Europea, desajuste que se plasmaba no sólo en la LCSP, sino también en textos legales anteriores". I aquesta ha estat també la doctrina establerta per la Comissió Jurídica Assessora recollida, per exemple, en el [Dictamen 198/2019](#), de 4 de juliol, en el qual afirma que "malgrat que el règim jurídic aplicable a la modificació ha de ser el vigent l'any 2004 i no el vigent actualment, d'acord amb la jurisprudència i els informes de les juntes consultives de contractació administrativa, la regulació aplicable ha de ser interpretada d'acord amb els principis que informen la contractació pública en el dret europeu i en la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea".

La jurisprudència del TJUE, en canvi, per tal de garantir el respecte als principis d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència, que es poden veure vulnerats si amb posterioritat al perfeccionament d'un contracte s'introdueixen modificacions que canviïn les condicions de la licitació, ha anat delimitant els requisits per al correcte exercici del *ius variandi* els quals finalment s'han plasmat, com s'ha dit, en les directives 2014/23/UE i 2014/24/UE, esmentades. Així, la jurisprudència establerta pel TJUE, que té el seu origen en la Sentència de 29 d'abril de 2004 (assumpte C-496/99 P, *Succhi di Fruta*), admet la possibilitat de modificar un contracte quan en l'anunci de licitació s'hagi previst aquesta possibilitat i es determinin les modalitats d'aplicació i el marc en el qual s'hagi de desenvolupar el procediment, en tant que la modificació podia ser coneguda pels licitadors i els col·locava a tots en situació d'igualtat, de forma que no es vulneren els principis que regeixen la contractació pública, entre ells, el de transparència i el de concurrència. Ara bé, el plec de clàusules no només ha de preveure la possibilitat de modificar el contracte, sinó que ha de concretar les condicions en què procedeix la modificació, sense que la simple menció a un eventual interès públic sigui suficient.³

En canvi, si aquestes previsions no figuren en la documentació del contracte, la necessitat d'aplicar condicions idèntiques a tots els operadors econòmics en un contracte públic exigeix, en cas de modificació substancial del contracte, obrir un nou procediment d'adjudicació. Així mateix, en la Sentència de 7 de setembre de 2016 (assumpte C-549/14) –i seguint l'indicat en la Sentència de 19 de juny de 2008, (assumpte C-454/06, *Pressetext*)– el TJUE qualifica de substancials les modificacions que comportin o bé ampliar en gran mesura el contracte incloent-hi elements no previstos, o bé alterar l'equilibri econòmic del contracte a favor de l'adjudicatari, o les que puguin portar a què es reconsideri l'adjudicació del contracte, en el sentit que si s'haguessin inclòs en la documentació que regia el procediment inicial d'adjudicació del contracte s'hauria seleccionat una altra oferta o haurien pogut participar-hi altres licitadors. A més, indica que no és possible introduir una modificació substancial en un contracte públic ja adjudicat mitjançant una negociació directa entre el poder adjudicador i l'adjudicatari, ja que això requeriria d'un nou procediment d'adjudicació.

Així, les condicions inicials d'un contracte no es poden alterar substancialment per la via de la modificació contractual, ja que això pot suposar una vulneració dels principis de lliure concurrència i de bona fe que han de presidir la contractació del sector públic, ni la modificació pot suposar una nova contractació, com passaria en el cas d'una alteració substancial de

³ En l'[Informe 4/2020](#) de la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana es considera jurídicament viable la modificació d'un contracte de gestió del servei públic de recollida de residus i neteja viària per a alguna zona o barri, per tal de poder complir amb els objectius de la recollida selectiva de biorresidus establerts posteriorment legalment, atès que en el plec s'especifiquen "las condiciones indispensables para que se pueda modificar el contrato por causas previstas en la documentación que rige la licitación, exigiendo que las modificaciones tengan su origen en razones de interés público, en causas imprevistas o en razones de mejora en la efectividad del servicio" "los supuestos en que se podría modificar el contrato, el procedimiento a seguir, y el porcentaje del precio del contrato al que como máximo puede afectar". En canvi, en la [Resolució 213/2022](#), de 21 de setembre de 2022, el Tribunal Català de Contracte del Sector Públic considera la modificació prevista en els plecs d'un contracte de concessió de serveis subjecte al TRLCSP nul·la de ple dret, atès que la redacció de la clàusula que la conté no és completa ni concreta i, per tant, no permet conèixer els extrems necessaris per procedir a la modificació en contenir una redacció massa àmplia.

l'objecte del contracte o de les característiques essencials dels serveis. La Comissió Jurídica Assessora específicament assenjala que procedeix una nova adjudicació quan les noves prestacions presenten característiques substancialment diferents de les del contracte inicial, així com que l'ampliació radical de l'objecte contractual porta a plantejar en cada cas si, veritablement, es tracta d'una modificació justificada per l'interès públic o bé procediria l'adjudicació d'un nou contracte.⁴

En definitiva, i pel que fa a les modificacions previstes en els plecs de clàusules que regeixen les licitacions, a banda que en cap cas poden alterar la naturalesa global del contracte, s'exigeix, a més, concreció i objectivitat màximes en la seva previsió, de manera que no es pot considerar una modificació prevista correctament la que es limiti a establir en els plecs una previsió genèrica com la que s'al·ludeix en la petició d'informe. Per tant, una modificació com la plantejada en el supòsit de fet que s'analitza, en tant que no compleix els requisits per poder-se considerar una modificació prevista en plecs, ha de ser analitzada des de la seva qualificació com a modificació no prevista en els plecs, la qual no podrà afectar a les condicions essencials del contracte.

Arribats a aquest punt, i atès que en la petició d'informe s'indica la necessitat de modificar per circumstàncies sobrevingudes –consistents en “l'aprovació de les Directives reguladores de la gestió de residus, la modificació de l'addenda de preus del Consorci de Residus aplicables, l'increment del cànon sobre la disposició del rebuig i la configuració dels distints serveis de recollida de residus dels municipis colindants”–, cal analitzar si la modificació no prevista es considera substancial.

En aquest sentit cal recordar que d'acord amb l'article 205 de la LCSP –que, com s'ha dit, cal prendre en consideració, malgrat no resulta directament aplicable a la modificació, en tant que transposa la regulació continguda en la Directiva 24/2014/UE, que alhora transposa la jurisprudència comunitària al respecte–, una modificació es considera substancial quan tingui com a resultat un contracte de naturalesa materialment diferent del subscrit en un principi i, en qualsevol cas, quan introdueixi condicions que, si haguessin figurat en el procediment de contractació inicial, haurien permès la selecció de candidats diferents dels seleccionats inicialment o l'acceptació d'una oferta diferent de l'acceptada inicialment o haurien atret més participants en el procediment de contractació; alterin l'equilibri econòmic del contracte en benefici del contractista d'una manera que no estava prevista en el contracte inicial; o ampliïn de manera important l'àmbit del contracte, cosa que, en tot cas, es produirà quan el valor de la modificació suposi una alteració en la quantia del contracte que excedeixi, aïllada o

⁴ Per exemple, en el [Dictamen 67/09](#). Per la seva banda, el Consell Consultiu del Principat d'Astúries analitza en el [Dictamen 44/2019](#), sota la vigència de l'actual LCSP, la possible modificació d'un contracte de gestió de serveis públics subscrit sota la vigència del TRLCAP –com el cas que motiva la petició del present informe–, i afirma que “el respeto al Derecho de la Unión Europea exige introducir en el régimen de modificación de los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible los oportunos correctivos en la forma de interpretación conforme a la legislación anterior con la doctrina elaborada por el TJUE”, i hi afegeix “ello exige, en primer lugar, que la modificación del contrato esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación y que, de no hallarse prevista, no afecte a ninguna condición esencial del contrato; de lo contrario, lo procedente sería resolver este y adjudicar uno nuevo mediante el correspondiente procedimiento”.

conjuntament, del 10% del preu inicial del contracte, iva exclòs -15% si es tracta d'un contracte d'obres- o bé se superi el llindar establert per als contractes subjectes a regulació harmonitzada, així com quan les obres, serveis o subministraments objecte de modificació es trobin dintre de l'àmbit d'un altre contracte, actual o futur, sempre que s'hagi iniciat la tramitació de l'expedient de contractació.

En el supòsit de fet sobre el que es demana informe la modificació plantejada comporta alterar aspectes tan importants com la reordenació i zonificació de tota la ciutat, la tipologia de recollida, les necessitats de serveis, les freqüències i horaris de recollida establertes, els equips de personal i maquinària necessaris per a la recollida, així com realitzar noves inversions que no es podran recuperar en el temps que resta d'execució del contracte, introduir nova tecnologia i, previsiblement, nous termes econòmics. Tenint en compte que tots aquests aspectes devien quedar fixats en la licitació mitjançant els plecs de clàusules, de manera que van ser tinguts en compte tant per les empreses licitadores com fins i tot, eventualment, per les empreses que van poder decidir no participar-hi justament per la configuració d'aquests aspectes, així com en el procediment d'adjudicació mitjançant el projecte i l'oferta presentada per la concessionària, sembla fàcilment deduïble que el canvi que ara es planteja, si hagués estat conegut en el moment de la licitació, hauria pogut comportar la selecció d'altres candidats i l'acceptació d'una oferta diferent, i hauria pogut atreure també més participants al procediment, de forma que, modificar-los suposaria una alteració substancial del contracte.

Així, sembla que la modificació no seria conforme amb els requisits amb els quals ha d'exercir-se per l'Administració la facultat de modificació dels contractes, i aquests canvis essencials requereixen la convocatòria d'una nova licitació. A més, res obsta perquè els objectius i finalitats que persegueix la modificació es puguin assolir mitjançant un nou contracte, i més tenint en compte que en el supòsit que motiva la petició d'informe el contracte sobre el qual es planteja la modificació és una gestió de serveis públics de vint anys de durada, en què ja s'han incorporat modificacions i al qual li resten dos anys de vigència, en els quals, a més, no es podrien amortitzar les inversions que comporta la modificació.

Per tant, procedeix respondre a la qüestió plantejada en el sentit que pot considerar-se essencial la modificació d'un contracte de gestió de serveis municipals de neteja viària, de recollida i transport de les diferents fraccions de residus urbans i altres serveis complementaris, per incloure-hi la recollida porta a porta, que, a més, requeriria inversions que no es podran amortitzar durant el termini que resta de vigència del contracte. Així mateix, tractant-se d'una modificació que comportaria l'addició de noves prestacions al servei inicial contractat l'any 2005, no sembla que concorri tampoc la circumstància que el canvi de contractista no fos possible o generés inconvenients significatius, de manera que no sembla justificat que no es pugui donar resposta a les noves circumstàncies sobrevingudes mitjançant la nova licitació del servei -la qual, de fet, en el supòsit plantejat en la consulta procediria dur a terme en tot cas en un termini breu de temps, per finalització de la durada màxima de les pròrrogues previstes pel contracte vigent.

Així, d'acord amb la normativa actual, el contracte que donarà continuïtat a aquesta prestació, que es configurarà com a concessió de serveis o com a contracte de serveis en funció de la translació o no del risc operacional a la concessionària, haurà de definir i incloure totes les previsions necessàries per assolir els objectius establerts legalment, incloses les inversions requerides, que s'hauran de tenir en compte per determinar-ne la durada.

II. Possibilitat d'amortitzar les inversions pendents d'un contracte en el subsegüent contracte que doni continuïtat a la prestació

La petició d'informe planteja la qüestió de si és possible incorporar les inversions fetes en un contracte de gestió de serveis públics i no amortitzades completament, al nou contracte que es subscrigui per donar continuïtat a la prestació del servei, en el supòsit de fet en què s'efectués una modificació del contracte que comportés unes inversions en tecnologia, nous vehicles i materials, el període d'amortització de les quals excedís en sis anys els dos anys que resten de durada del contracte.

Per tant, malgrat la inviabilitat jurídica de la modificació del contracte que s'ha analitzat en la consideració jurídica anterior, cal donar resposta a aquesta qüestió amb caràcter general, per al cas que la modificació hagués estat possible, tenint en compte tant la normativa de règim local aplicable, com la normativa de contractes del sector públic. Així, d'una banda, cal recordar que l'article 291, de la LCSP relatiu a la reversió del contracte de concessió de serveis, disposa que un cop "finalitzat el termini de la concessió, el servei ha de revertir a l'Administració, i el contractista ha de lliurar les obres i instal·lacions a què estigui obligat d'acord amb el contracte i en l'estat de conservació i funcionament adequats".⁵

A més, d'acord amb l'article 29.6 de la LCSP la durada d'aquests contractes ha de ser limitada i s'ha de calcular en funció de les obres i dels serveis que constitueixin el seu objecte, sent la durada màxima general de cinc anys, sens perjudici que es pugui excedir pel temps que es calculi raonable per a què la concessionària recuperi tant les inversions inicials realitzades, com les efectuades durant la vida de la concessió.

Per la seva banda, en l'àmbit local, el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, aprovat pel Decret 179/1995, de 13 de juny (en endavant ROAS), estableix que "en tot cas, la retribució prevista per al concessionari s'ha de calcular de manera que permeti, mitjançant una bona i ordenada administració, amortitzar durant el termini de la concessió el cost de l'establiment del servei, cobrir les despeses d'explotació i obtenir un marge normal del benefici industrial, sens perjudici del fons de reversió establert" (article 251.3); que en el règim de la concessió s'ha de diferenciar la retribució econòmica del concessionari, l'equilibri de la qual, d'acord amb les bases que hagin servit per al seu atorgament, haurà de mantenir-se en tot cas i en funció de la necessària amortització, durant el termini de concessió, del cost de l'establiment del servei que hagi satisfet, així com de les despeses d'explotació i normal benefici industrial (article 244.2.b); que "els béns i elements afectats al servei concedit que siguin necessaris per a la prestació d'aquell i que hagin estat objecte d'amortització durant el termini de la concessió reverteixen a l'acabament d'aquest a l'ens contractant, sens perjudici del que prevegi el plec de clàusules de la contractació" (article 262.1); i que serà nul·la aquella clàusula que disposi la no reversió a l'ens local de les instal·lacions i els béns que hagin estat amortitzats durant la vigència del contracte, quan estiguin afectats al servei i siguin necessaris

⁵ Aquesta previsió ja es preveia, en els mateixos termes, en l'article 164 del TRLCAP.

per al funcionament (article 233.d).⁶

Per tant, en els supòsits normals d'extinció d'aquests tipus de contracte, les inversions efectuades per la concessionària sortint s'han d'haver pogut amortitzar durant el període de vigència previst contractualment; tenint en compte també que en els contractes de concessió la durada s'ha d'establir de manera que es permeti la recuperació del cost de les inversions efectuades –en la qual té rellevància, lògicament, l'amortització dels béns, mobles i immobles, adscrits a l'execució–, en tant que es caracteritzen per la translació a l'empresa contractista del risc operacional, el qual comporta que no es garanteixi que, en condicions normals de funcionament, vagi a recuperar-les; així com que, un cop finalitzat el termini de la concessió, el servei reverteix gratuïtament a l'Administració a la qual s'hauran de lliurar, d'acord amb el que estableix el contracte, les obres i les instal·lacions, així com els béns i elements, afectes a l'execució.⁷

Així, partint del fet que la regla general és que les inversions en una concessió de serveis s'han de permetre amortitzar durant la seva vigència, establint una retribució i una durada adequada a aquests efectes, cal analitzar ara els supòsits en què no es dona aquesta circumstància, de manera que les inversions no s'amortitzen totalment en el termini de durada del contracte –o de la modificació, com és el cas de la petició que motiva l'informe–diferenciant alhora els casos en què el contracte finalitza per transcurs del termini establert, dels que ho fa anticipadament.

Per al cas d'extinció del contracte per transcurs del termini establert, d'acord amb els articles esmentats, es produeix la reversió a favor de l'Administració de les obres, les instal·lacions, els béns i els elements afectes al servei, sense compensació a la concessionària, en tant que, tant la retribució de la contractista, com la durada de la concessió, s'hauran d'haver fixat tenint en compte el cost de les inversions, de manera que l'Administració podrà destinar-los a

⁶ La previsió continguda en l'article 251.3 del ROAS es contenia en els mateixos termes ja en l'article 129.3 del Reglament de serveis de les corporacions locals, aprovat mitjançant el Decret de 17 de juny de 1955, (en endavant RSCL), en article 115 del qual s'estableix també que en tota concessió de serveis s'han de fixar les clàusules que es considerin convenientes i conforme a les quals s'atorgui i, com a mínim, i entre d'altres, les obres i instal·lacions que hagi de realitzar el concessionari i quedin subjectes a reversió, i obres i instal·lacions al seu càrrec, però no compreses en aquella.

⁷ Tal com afirma el Tribunal Suprem en la Sentència [4305/2000](#) és “de esencia de la caducidad temporal de las concesiones de servicios públicos, por contra de su caducidad anticipada o su rescate, la reversión gratuita a la Administración concedente al estimarse que el concesionario ha amortizado durante el plazo de la concesión el costo del establecimiento del servicio mediante la retribución establecida a su favor”, de manera que aquesta “retribución económica del concesionario debe ser pues suficiente para asegurar la amortización, durante el plazo de la concesión, del coste del establecimiento del servicio, porque las instalaciones que son necesarias para dicho establecimiento han de revertir gratuitamente a la Administración al término de la concesión y deben estar amortizadas, siendo indiferente al respecto que la empresa concesionaria las haya o no amortizado” i que “la retribución prevista para el concesionario debe permitirle, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio”. En el mateix sentit, i reproduint-la, s'ha pronunciat el Tribunal Superior de Justícia de València en la Sentència [4147/2004](#).

l'execució del servei mitjançant el contracte posterior amb el qual, si escau, es doni continuïtat a la prestació. En aquest sentit, atès que, com s'ha dit, d'acord amb el concepte vigent del contracte de concessió, el tret delimitador d'aquesta tipologia contractual és l'assumpció del risc operacional per part de l'empresa concessionària, entra dins d'aquest risc que ha assumit la contractista el fet de no amortitzar les inversions durant la vigència del contracte.⁸

Sens perjudici del que s'ha exposat, i atès que en cas de reversió del servei a l'Administració la contractista ha d'entregar les obres, les instal·lacions i els béns afectes a què estigui obligat, d'acord amb el contracte, res obstantia poder establir en el plec de clàusules administratives particulars –o, en cas del supòsit de fet que s'analitza, en el document de modificació del contracte– que a la finalització de la concessió determinats béns afectes a l'execució no revertissin a l'Administració.⁹ En aquest cas, resultarà del tot necessari tenir en compte la transcendència en els càlculs econòmics, tant de l'Administració, com de les empreses, de la vida útil que resti a aquests béns.

Per tant, si bé en els casos de finalització del contracte per transcurs del termini, amb caràcter general, es produirà la reversió dels béns afectes a l'Administració sense que aquesta hagi de compensar a la concessionària, també és possible l'establiment de béns o elements que no hagin de ser objecte de reversió –sempre que no es trobin amortitzats i que siguin necessaris per al funcionament del servei–, el valor dels quals tindrà impacte en els càlculs econòmics del contracte, en funció del seu grau d'amortització. En aquest sentit, en el supòsit de fet plantejat en l'escrit de petició d'informe, si fos procedent i jurídicament viable la modificació del contracte, les inversions que comportés s'haurien de poder amortitzar durant el temps que restés de vigència del contracte i, en cas contrari, caldria tenir en compte l'impacte en la

⁸ Si bé, com és sabut, aquest concepte de contracte de concessió no ha estat recollit expressament en la normativa de contractació pública fins a la Directiva 2014/23/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, transposada en la LCSP – i en el Reial decret-llei 3/2020, de 4 de febrer, pel que fa a concessions en sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals–, el TJUE va començar a perfilar-lo molt anteriorment en la Sentència de [13 d'octubre de 2005](#) (assumpte C-458/03, *Parking Brixen*) i, posteriorment, en altres, en la Sentència de [18 de juliol de 2007](#) (assumpte C-382/05).

⁹ En les sentències [1441/1987](#), de 2 de març de 1987, del Tribunal Suprem i de 13 de juny de 1986, d'acord amb l'article 115 del RSCL, ja esmentat, es recorre a l'aplicació del principi d'autonomia de la voluntat en matèria de la reversió. D'altra banda, en l'informe [3/2010](#) de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears s'analitza si la reversió per venciment del termini concessional s'ha de produir com un conjunt unitari en el qual s'inclouen tots els elements i si s'ha d'indemnitzar a la concessionària pel que està pendent d'amortitzar, i s'afirma que "la extinció normal de la concessió administrativa se produce por finalización del plazo de duración del contrato y genera, como efecto, la reversión a la Administración" la qual suposa "el traspaso a la Administración de los elementos materiales que constituyen los elementos esenciales o indispensables para prestar el servicio"; que atesa l'autonomia de la voluntat com a primera font de la concessió cal estar al cas concret "en cuanto a los bienes e instalaciones que deben revertir a la Administración"; i que "la reversión es, en esencia, gratuita y, con carácter general, puede considerarse que la Administración no tiene que satisfacer ningún importe dado que hay que entender que, durante la concesión, el concesionario ha visto compensada su inversión, a pesar de que, según el parecer de esta Junta Consultiva, debe estarse a lo que resulte, en cada caso, de la liquidación del contrato".

retribució derivada de la modificació, en funció de si s'establís o no la reversió dels béns, també a l'efecte que l'Administració valorés la conveniència i, fins i tot, la possibilitat de dur-la a terme.

En tot cas, cal insistir que no resultaria procedent establir una compensació econòmica a favor de la concessionària per les inversions que ha de realitzar i que, de manera anticipada, ja es preveu que no tindrà temps de recuperar, atesa la durada del contracte –o atès el temps que resta de vigència del contracte en el supòsit de fet objecte de consulta, en què la necessitat de les inversions s'estableix per la modificació del contracte en la seva fase final d'execució–, en la mesura que amb aquesta compensació la recuperació de les inversions quedés garantida, comportant la manca transferència del risc operacional a la concessionària i, per tant, la desnaturalització d'aquesta figura contractual.

En definitiva, en el supòsit d'extinció d'un contracte per finalització de la seva durada, si l'eventual impossibilitat de la concessionària d'amortitzar durant la seva vigència les inversions necessàries –ja siguin establertes d'inici o derivades d'una modificació posterior, com en el supòsit de fet que es planteja en la petició d'informe–, es produís per la pròpia configuració del contracte o de la modificació, evidenciaria una manca d'equilibri o de reciprocitat de les prestacions, en cas de pretendre el trasllat de l'amortització a un contracte posterior, i podria comportar, a més, l'eliminació del risc operacional que ha d'assumir l'empresa contractista en aquests contractes.¹⁰

En canvi, en cas de resolució anticipada del contracte, la reversió comportarà el deure de compensar a la concessionària l'import de les inversions efectuades pendents d'amortitzar. En aquest sentit, l'article 295 de la LCSP disposa que si la causa de la resolució és imputable a l'Administració “ha d'abonar al concessionari en tot cas l'import de les inversions efectuades per raó de l'expropiació de terrenys, execució d'obres de construcció i adquisició de béns que siguin necessaris per explotar els serveis objecte de concessió, atenent el seu grau d'amortització” i, en cas que la causa de resolució no li sigui imputable a l'Administració,

¹⁰ Tal com afirma el Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia en la Resolució [172/2022](#), en la qual analitza la possibilitat d'incloure en un plec l'obligació de la futura contractista de pagar a l'anterior la inversió pendent d'amortitzar –pel fet que el termini de durada del contracte, més breu que el termini d'amortització, no ho permetia– i havent-se previst també en el contracte anterior que la contractista del següent contracte hauria d'assumir el cost de la inversió pendent d'amortitzar, “no hay ninguna situación extraordinaria o anormal que impida la amortización del coste pendiente; al contrario, como quiera que la duración máxima del primer contrato de servicios (...) era de partida inferior al plazo de amortización de la inversión (...), la propia y natural extinción del contrato por cumplimiento del plazo es la que provoca que no se haya amortizado totalmente la inversión” la qual cosa “evidencia, cuanto menos, una falta de reciprocidad de las prestaciones en el seno del propio contrato por cuanto una de las prestaciones del contratista no podía verse satisfecha completamente con arreglo al mismo. Tal irregular situación ha provocado que un contratista anterior deba ver satisfecha parcialmente su prestación a través de un contrato posterior, bien porque resulte adjudicatario del mismo, bien porque un adjudicatario distinto le abone esas cantidades adeudadas procedentes de un negocio jurídico anterior”; motiu pel qual afirma que “obviamente, la peculiar situación expuesta no encuentra amparo legal en ninguna figura contractual de las reguladas legalmente, ni siquiera en la concesión de servicios donde las obras necesarias para la explotación del servicio deben amortizarse durante el plazo de concesión”.

l'import que correspondrà abonar a la concessionària serà “el que resulti de la valoració de la concessió”, que es determinarà, conforme amb l'article 281 de la LCSP, amb la nova licitació que dugui a terme l'òrgan de contractació, mitjançant subhasta a l'alça i establint com a únic criteri d'adjudicació del preu. Aquest precepte, per tant, respon a la necessitat de tenir en compte el perjudici que comporta a la concessionària la ruptura del període d'amortització, a causa del venciment anticipat del contracte.

Així, en aquest cas de venciment anticipat de la concessió, que comporta la impossibilitat de la concessionària de recuperar les inversions efectuades durant la seva vigència, i no deguda a la configuració inicial de la concessió com en el cas analitzat anteriorment, sinó a la impossibilitat sobrevinguda derivada de la seva resolució, sí es considera admissible l'establiment en els plecs de la nova concessió, sobre la base del principi de llibertat de pactes, de l'obligació de la futura concessionària d'abonar a l'entitat contractant, bé en forma de cànon o d'aportació inicial, l'import de les inversions pendents d'amortització per raó de terrenys, d'obres o instal·lacions i béns provinents del contracte anterior, que l'Administració aporta a l'execució del contracte i que ha hagut d'abonar a la concessionària sortint.¹¹

Per tant, d'acord amb el que s'ha exposat, en el cas d'impossibilitat de la concessionària de recuperar les inversions per extinció anticipada de la concessió, es pot preveure en els plecs de la subsegüent licitació que les obres, instal·lacions o béns provinents de l'anterior i no amortitzades, que es posen a disposició de la nova concessió com a actiu necessari per a l'explotació del servei, s'integren en el contracte a canvi del seu valor que hagi d'aportar la nova concessionària, bé en forma de cànon o bé d'aportació inicial a favor de l'ens públic contractant. En canvi, procedeix respondre negativament a la possibilitat de configurar un contracte de concessió de serveis, o la seva modificació posterior, preveient d'entrada que l'amortització de les inversions no es pugui produir durant la seva vigència i s'hagi de traslladar a un contracte posterior, i és necessari que al llarg de tota la durada de la concessió es puguin recuperar i amortitzar les inversions que ha de dur a terme la contractista, tenint en compte a més que tampoc se la podria compensar econòmicament en cas d'establir una durada que no ho permetés eliminant el risc operacional que caracteritza aquests contractes. Tanmateix, en cas de no produir-se l'amortització total dels béns que a la finalització del contracte revertiran a favor de l'Administració d'acord amb el que estableix el contracte i sense compensació a la concessionària, el seu valor residual haurà de ser tingut en compte per l'Administració en els càlculs econòmics del nou contracte amb el qual doni continuïtat al servei al qual els adscriu.

¹¹ Tal com assenyala la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat en [l'expedient 21/19](#) “cabe la posibilidad de que en los pliegos de una nueva concesión de servicios se prevea que las obras no amortizadas completamente como consecuencia de la extinción anticipada de una concesión anterior, y que se pongan a disposición del nuevo concesionario como activo necesario para la explotación del servicio, se integren en el nuevo contrato de concesión a cambio de su valor, bien en forma de canon o bien de aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante”, recordant que “dicha aportación inicial deberá ser tenida en cuenta a los efectos de la determinación de la contraprestación económica a percibir por el concesionario y, en su caso, en el cálculo de las tarifas a abonar por los usuarios del servicio” i que, altrament, “habría de considerar las obras puestas a disposición del nuevo concesionario como una aportación no dineraria del órgano de contratación”.

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

CONCLUSIONS

I. La normativa aplicable a la modificació contractual és la vigent en el moment de subscriure el contracte, sens perjudici de la necessitat de respectar els principis que regeixen la contractació pública, de manera que l'actual regulació hagi de servir de referència i de paràmetre interpretatiu, en tant que transposa el règim de modificació dels contractes establert per la Directiva 2014/24/UE, que positivitza la jurisprudència sobre aquesta qüestió del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Així, no es considera jurídicament viable la modificació d'un contracte, no prevista en els plecs que regeixen la licitació, d'un contracte de gestió de serveis municipals de neteja viària, de recollida i transport de les diferents fraccions de residus urbans i altres serveis complementaris, per incloure-hi la recollida porta a porta, que comporti alterar aspectes substancials –com la reordenació i zonificació de tota la ciutat, la tipologia de recollida, les necessitats de serveis, les freqüències i horaris de recollida establerts, els equips de personal i maquinària necessaris per a la recollida, així com la realització de noves inversions que no es podran recuperar en el temps que resta d'execució del contracte–, els quals devien quedar fixats en la licitació mitjançant els plecs de clàusules, i que van ser tinguts en compte tant per les empreses licitadores com, eventualment, per les empreses que no van participar justament per la configuració d'aquests aspectes, així com en el projecte i l'oferta presentada per la concessionària.

II. La configuració dels contractes de concessió de serveis, ja sigui la inicial o la resultant d'una modificació, s'ha d'efectuar preveient la possibilitat de les concessionàries d'amortitzar les inversions que hagi de dur a terme, en el període de vigència del contracte, de manera que no procedeix preveure d'entrada el trasllat de dita recuperació a un contracte posterior, així com tampoc la compensació econòmica per l'establiment d'una durada que no permetés la recuperació eliminant el risc operacional que caracteritza aquests contractes. En canvi, en cas que la impossibilitat de recuperació de les inversions sigui deguda a l'extinció anticipada de la concessió, es pot preveure en els plecs de la subsegüent licitació que les obres, instal·lacions o béns provinents de l'anterior i no amortitzades es posin a disposició de la concessió com a actiu necessari per a l'explotació del servei, i s'integrin en el contracte a canvi del seu valor, que hagi d'aportar la nova concessionària, bé en forma de cànon o bé d'aportació inicial a favor de l'ens públic contractant.

Barcelona, 17 de novembre de 2022