



Consulta sobre posible modificación de un contrato de concesión de obra pública. Informe 03/2012, de 25 de mayo.

Tipo de informe: Facultativo

D I C T A M E N

ANTECEDENTES.

1. El Alcalde del Ayuntamiento de Murcia dirige escrito a esta Junta Regional de Contratación Administrativa formulando consulta en los siguientes términos:

«Con relación a las actuaciones relativas a impulso del tramo urbano tranviario, por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada con fecha 29 de febrero de 2012 se ha acordado ratificar los informes emitidos por la Comisión Técnica de Impulso del Tramo Urbano Tranviario, e igualmente elevar consulta a esa Junta Regional de Contratación Administrativa, en los términos del informe emitido por el Jefe de Gestión y Asesoramiento>>».

Por su parte el referido Informe del Jefe de Gestión y Asesoramiento de fecha 20 de febrero de 2012 sobre los aspectos jurídicos de la conexión tranviaria de la Línea 1 con la Estación del Carmen, tras analizar y detallar las tres posibles alternativas a la vista de de la normativa recogida en los artículos 138 a 141 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (nueva licitación pública, encargo al actual concesionario de la ampliación y licitación independiente de la construcción y encargo de la explotación al actual concesionario de la explotación) concluye que:

«- La adjudicación de la construcción y explotación de la conexión tranviaria de la Línea 1 con la estación de El Carmen se debe llevar a cabo a través de un procedimiento de licitación pública y selección de concesionario, siempre y cuando se elabore un estudio de viabilidad que asegure que la explotación de esta conexión desde un punto de vista técnico, económico-financiero y funcional se pueda llevar a cabo de forma independiente y sin perjuicio grave para el interés público municipal.

- En caso contrario debe descartarse la procedencia de un procedimiento de licitación pública para la explotación de la conexión tranviaria y entender dicha explotación como ampliación de la actual línea 1 encargando de forma consensuada al actual operador de la línea 1, Tranvía de Murcia S.A, dicho proceso de explotación y, en su caso, construcción.

- Debe procederse a contratar y elaborar un estudio de viabilidad técnica, funcional, económico-financiera y jurídica de la conexión tranviaria de la Línea 1 desde la Plaza Circular hasta la estación del Carmen.

- En dicho estudio se analizará la posibilidad de llevar a cabo una licitación independiente para la construcción de la obra del tramo urbano en relación con el encargo de la explotación.

- Procede elevar consulta a la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad...».

En este mismo Informe y en relación con la consulta a formular a esta Junta Regional de Contratación, se recoge literalmente lo siguiente:



«En cualquier caso, dada la trascendencia del asunto y la conveniencia de disponer de mayor seguridad jurídica respecto de ajuste a la legalidad de los actos que el Ayuntamiento de Murcia deba adoptar parece conveniente elevar consulta a la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en relación con este asunto.

A tal efecto se considera que se deberían remitir a la Junta consultiva el presente informe el informe técnico antes mencionado y que el texto de la consulta sería el siguiente:

“Plantear a la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia si en el supuesto de que el estudio de viabilidad de la conexión tranviaria de la conexión tranviaria de la actual línea 1 desde la Plaza Circular a la Estación del Carmen se derivara la inviabilidad técnica, económico-financiera y funcional de la explotación independiente de dicho tramo urbano de conexión, se consideraría ajustado a derecho el acto municipal de encargo a la actual empresa concesionaria de la explotación de la Línea 1, la ampliación de dicha explotación en el nuevo tramo urbano desde Plaza Circular hasta la Estación del Carmen y, en su caso, de su construcción, todo ello entendido como ampliación necesaria de la actual explotación de la Línea 1”.»

2. A la anterior consulta se adjunta copia de la siguiente documentación:

Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas, del contrato relativo a la CONCESIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN, MANTENIMIENTO, Y EXPLOTACIÓN DE LA LÍNEA 1 DEL TRANVÍA DE MURCIA”.

Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 30 de julio de 2008 de aprobación del Pliego de condiciones referido en el apartado antecedente.

Acuerdo de la Junta de Gobierno local de fecha 29 de febrero de 2012 relativo a actuaciones aprobadas por la Comisión Técnica de Impulso del Tramo Urbano Tranviario, el cual incluye los siguientes documentos:

Informe del Servicio de Medio Ambiente de fecha 2 de febrero de 2012 emitido por el Jefe del Servicio, la Jefa de Calidad Ambiental y el Técnico Superior del Servicio de Medio Ambiente.

Informe del Jefe de Gestión y Asesoramiento de fecha 20 de febrero de 2012 sobre los aspectos jurídicos examinados por la Comisión.

Informe relativo a la Viabilidad técnica y su Anexo I, emitido por el Jefe de Servicio de Tráfico y Transportes y por el Director de la Oficina de obras y proyectos municipales con fecha 22 de febrero de 2012.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El presente informe se emite con carácter facultativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 13.3 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa y se dictan normas en materia de clasificación de empresas.

Si bien la solicitud de informe la formula el Alcalde del Ayuntamiento de Murcia, esta no se cursa a través de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, tal



como dispone el artículo 13.3 del Decreto antes mencionado. Ello no obsta sin embargo a que esta Junta, en atención a que el Alcalde del Ayuntamiento de Murcia ostenta así mismo la Presidencia de la mencionada Federación de Municipios de la Región, entienda conveniente emitir el informe solicitado.

2. Antes de analizar la cuestión planteada por el Ayuntamiento de Murcia, es preciso señalar que esta Junta, de acuerdo con lo que prevé el Decreto 175/2003, antes mencionado, tiene el carácter de órgano consultivo específico en materia de contratación pública y, en el ejercicio de su función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación de las normas jurídicas en dicha materia, no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de contratación, ni suplir o sustituir las funciones consultivas que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos que han de asesorar a los correspondientes órganos de contratación. En tal sentido se ha puesto de manifiesto dicho criterio en numerosos informes como son, entre otros, el Informe 02/2008, de 29 de abril, el 02/2010, de 29 de abril, el 1/2011, de 18 de enero y el 02/2011, de 17 de junio, informe este último que se emitió también a solicitud del mismo Ayuntamiento.

Por lo tanto, la emisión de este informe se efectuará sobre la base del análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública aplicables a la modificación de los contratos y de los documentos contractuales remitidos como antecedentes con la consulta planteada, con el fin de que pueda servir de base al Ayuntamiento para acordar si la conexión del Tranvía desde la Plaza Circular hasta la Estación del Carmen, puede llevarse a cabo mediante una modificación del contrato de concesión de la Línea 1 en vigor o, en su caso, mediante un nuevo contrato convocando al efecto una licitación pública.

3. La cuestión planteada a esta Junta hace referencia a si se ajusta a derecho, en el caso de que resultara inviable técnica, económico-financiera y funcional la explotación independiente de dicho tramo urbano de conexión tranviaria de la actual línea 1 desde la Plaza Circular a la Estación del Carmen, que la misma se llevara a cabo mediante la modificación del contrato en vigor de "CONCESIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN, MANTENIMIENTO Y EXPLOTACIÓN DE LA LINEA 1 DEL TRANVÍA DE MURCIA".

Para dar respuesta a dicha cuestión habrá de determinarse en primer lugar el régimen jurídico aplicable. La consulta hace referencia a un contrato que, según los antecedentes remitidos, fue adjudicado definitivamente en fecha 1 de abril de 2009, por lo que la cuestión habrá de abordarse bajo la perspectiva de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), con anterioridad a la reforma efectuada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), que entró en vigor el 6 de marzo de 2011, por aplicación de lo dispuesto en la Disposición transitoria séptima de esta última, que dispone que los contratos administrativos regulados por la LCSP que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Y si bien esta Disposición transitoria no hace referencia expresa a la modificación de los contratos, esta Junta entiende que la modificación queda comprendida en esta Disposición, compartiendo el criterio expresado en este sentido por la Abogacía del Estado en su Circular 1/2011, de 7 de abril, sobre el «Régimen de



modificación de los Contratos Públicos», que literalmente se expresa en los siguientes términos:

«1) Aunque la disposición transitoria transcrita no se refiera expresamente a la modificación del contrato, ha de entenderse que ésta queda comprendida en el ámbito de dicha norma transitoria, ya que la modificación del contrato queda regulada en el capítulo IV del libro cuarto de la LCSP, libro que lleva por rúbrica la de "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos"».

En consecuencia y a tenor literal de la citada Disposición transitoria séptima de la LES es claro que el nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos introducida por esta última norma, que se reproduce en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y que entró en vigor el pasado 16 de diciembre de 2011, no es de aplicación a la modificación de los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LES, como es el caso del contrato que nos ocupa.

Ello no impide que la norma aplicable, y por lo tanto el régimen de modificación de los contratos que la misma establece, deba de ser interpretada de conformidad con las exigencias del Derecho Comunitario a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE, tal como se recoge en el Informe 23/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón:

«..pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con la Directiva 2004/18/CE —en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la misma— y tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta), en la que se 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».

4. Conforme a la normativa aplicable anteriormente señalada, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 194 de la LCSP, el órgano de contratación ostenta, entre otras, la prerrogativa de modificar los contratos administrativos por razones de interés público dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en dicha norma y por su parte el artículo 202 literalmente dispone que:

«Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato(...)».

Precisando además el párrafo 2 del citado precepto que:

«La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual».

Respecto al contrato de concesión de obra pública, el artículo 226 apartado 1 de la LCSP dispone que:

«Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto en los casos previstos y en la forma establecida en el artículo



202. El Plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes».

Y por su parte el artículo 233 de la LCSP, dispone lo siguiente:

<< 1. El órgano de contratación podrá acordar cuando el interés público lo exija, la modificación de la obra pública, si concurren las circunstancias del artículo 202, así como su ampliación, o la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

2.Toda modificación que afecte al equilibrio económico de la concesión se regirá por lo dispuesto en el artículo 241.

3. Las modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación.>>

Así pues, aunque la modificación de los contratos administrativos es admitida por la normativa señalada, esta la configura como una prerrogativa o facultad unilateral de la Administración de carácter exorbitante que no puede ser ejercida libremente por la Administración, sino que debe de estar sujeta a determinados límites para su ejercicio.

Para que el modificado de un contrato se atenga a la legalidad sería preciso que, además de imprevisible y justificado en razones de interés público, se cumplan dos condiciones, que la modificación no afecte a ninguna condición esencial de la licitación y que la posibilidad de realizar una modificación, así como sus modalidades están previstas de forma clara y precisa en la documentación de la licitación del contrato.

En cuanto a los presupuestos habilitantes, el Ayuntamiento deberá justificar no solo que el modificado responde a razones de interés público sino también su imprevisibilidad. En el caso presente y según se desprende de los antecedentes remitidos, el modificado parece no responder a una causa imprevista, pues tanto la conexión de la Línea 1 con la Estación del Carmen, como las Líneas 2, 3 y 4 del sistema tranviario de Murcia están expresamente previstas en el Pliego de Cláusulas Técnicas, Jurídicas, Económicas y Administrativas del contrato, hasta el punto que el apartado 1.1 de dicho Pliego establece como parte integrante del objeto del contrato de la concesión de la Línea 1 la redacción de los estudios de viabilidad y de los documentos de inicio para la tramitación ambiental de mencionada conexión y líneas, documentos que debe presentar el concesionario en el plazo de siete meses a contar desde la formalización del correspondiente contrato conforme dispone el apartado 3.2 del mencionado Pliego.

Además el propio Pliego viene a reconocer que las posibles conexiones con la Línea 1, se llevarán a cabo mediante la convocatoria de nuevas licitaciones, cuando otorga trámite de audiencia al concesionario de la Línea 1, en caso de que la Administración establezca el uso compartido total o parcial de la misma. Literalmente el apartado 4.2.2 de dicho Pliego establece lo siguiente:



«El Ayuntamiento, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia o los organismos autónomos competentes, en el ejercicio de sus competencias de ordenación y planificación del sistema tranviario de Murcia podrán establecer el uso compartido parcial o de la totalidad de la Línea 1 concedida en el presente contrato, mediante su interconexión a otra u otras líneas de titularidad de estas Administraciones.

La Administración competente en cada caso otorgará un trámite de audiencia al concesionario de la línea 1 del Tranvía de Murcia con carácter previo a la convocatoria de nuevos concursos que requieran la interconexión con esta línea. La Administración para éste trámite de audiencia establecerá las características técnicas y los requisitos para la viabilidad de los tráficos previstos en la nuevas líneas. Así mismo la Administración para éste trámite de audiencia fijará los cánones o tarifas que deban abonar los nuevos operadores autorizados que presten servicio sobre la línea 1, y que permitan compensar, como mínimo, los costes reales que se deriven del uso compartido.

El concesionario de la línea 1, una vez resuelto el trámite de audiencia, vendrá obligado a permitir a los nuevos operadores a implantar los tráficos autorizados sobre la infraestructura correspondiente, todo ello sin perjuicio del mantenimiento y conservación de las instalaciones, líneas e infraestructuras afectas al servicio público del tranvía de Murcia.

En todo caso, la presentación de oferta a éste procedimiento abierto supone el conocimiento de esta posible compatibilidad y su aceptación expresa, sin que sea disponible por los licitadores en este procedimiento ni por la sociedad concesionaria, no procediendo indemnización ni abono por parte de la Administración de cantidades adicionales a los cánones o tarifas que se fijen de acuerdo a lo previsto en los párrafos anteriores.

En todo caso los licitadores en su oferta deberán prever la implantación de los mecanismos técnicos de coordinación, seguridad, que garanticen la posible interconexión de la infraestructura concedida con otra u otras líneas».

A pesar de que el Pliego prevé el uso compartido de esta línea 1 con otros posibles operadores, en el Informe relativo a la viabilidad técnica de una nueva concesión para la construcción del tramo urbano de tranvía en Murcia desde la plaza Circular hasta la Estación de Renfe emitido en fecha 22 de febrero concluye que el tramo urbano de esta conexión no puede configurarse como un tramo independiente de la actual Línea 1. En este Informe tras detallar aspectos críticos en cuanto a los equipamientos básicos y de la propia explotación, termina con las siguientes conclusiones, que literalmente se transcriben a continuación:

1. El tramo urbano estudiado esta sometido a unos condicionantes que suponen una total servidumbre hacia la explotación existente (Línea 1) de la que debe obtener aspectos tan fundamentales para su funcionamiento como el acceso y uso de los Talleres y cocheras y la integración de la red de suministro eléctrico.

2. La implantación del tramo sólo puede realizarse resolviendo importantes problemas de infraestructura y de integración urbana en la plataforma, así como de integración con el resto de operadores de transporte y de Administraciones titulares para llegar a configurar una red de transporte.

3. La implantación del tramo urbano no puede realizarse de manera independiente de la Línea 1 del Tranvía pues constituye un apéndice subordinado a ésta y constituye con ella una unidad de explotación».

En cuanto al cumplimiento de la condición antes señalada- que no afecte a condiciones esenciales del contrato- es preciso indicar que, al ser este un concepto



jurídico indeterminado, habrá que determinarse en cada caso concreto en función de las actuaciones que se recogerían en el modificado y su relación o repercusión del contrato inicial.

A este respecto y, aunque el régimen de modificación de los contratos introducido por la LES no es de aplicación al presente contrato, tal como se ha reflejado anteriormente, sí que puede servir este de orientación al Ayuntamiento a efectos de determinar si la modificación afecta o no a las condiciones esenciales del contrato, de acuerdo con los supuestos que considera el artículo 107.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que alteran las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y que vienen recogidos en las letras a) a e) de dicho artículo y apartado, pues el nuevo régimen de modificación introducido por la LES responde a la adaptación del anterior régimen de modificados a las exigencias del derecho comunitario.

A la vista de dichos supuestos y de las actuaciones en cuanto a infraestructuras, aparatos móviles y red tranviaria, que se llevarían a efecto respecto al contrato de concesión inicial de la Línea 1, a pesar de que aún está por determinar el trazado definitivo de la conexión según se desprende de la documentación aportada por el Ayuntamiento, **lo cual impide hacer una afirmación con absoluta certeza**, parece que dicho modificado **sí** estaría afectando a condiciones esenciales del referido contrato inicial de concesión.

Por lo que respecta a la última de las condiciones señalada- que la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación esté prevista en la documentación del contrato- se ha de indicar que en el Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas de la licitación ni se recoge que la conexión ferroviaria entre la Plaza Circular y la Estación del Carmen como una modificación expresa del contrato, ni se detalla su forma y condiciones de llevarla a cabo. Respecto a la modificación del contrato sólo se hace referencia en el párrafo sexto del apartado 3.1 de dicho Pliego de Cláusulas del contrato de concesión para la construcción, mantenimiento y explotación de la Línea 1 del Tranvía de Murcia, que recoge escuetamente sobre la misma lo siguiente:

«La Administración podrá introducir modificaciones en el Proyecto por las causas establecidas en el art. 202 y 226 de la Ley 30/2007 tramitándolas conforme a dicha normativa».

Por último señalar que deben tenerse en cuenta los criterios restrictivos que tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, como esta propia Junta Regional han mantenido en numerosos de sus informes sobre la modificación de los contratos, en el sentido contrario a que puedan alterarse por vía de modificación convencional del contrato aspectos esenciales del mismo, debiendo de poner límites a la posibilidad de modificación de los contratos ya que ello alteraría sustancialmente las bases que dieron lugar a la adjudicación, lo que estaría en clara contradicción con el principio de libre competencia básico en la contratación administrativa.

En este sentido el informe 50/03, de 12 de marzo de 2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre la modificación de un contrato para la concesión de construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo se expresaba en los siguientes términos:



«...debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto 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 deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce” (informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expedientes 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00) ».

En sentido similar se pronuncia el Consejo de Estado en su Dictamen 403/2006 relativo a la segunda modificación del contrato de obras de renovación (segunda fase) del Museo Nacional de Escultura, en el que literalmente se dice que:

«...el carácter imperativo de las normas sobre modificación de los contratos administrativos tiene “la finalidad de evitar que, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación fundamental en la materia”. Esta misma doctrina ha sido posteriormente reiterada en diversos dictámenes que recuerdan la necesidad de que mediante la modificación de los contratos administrativos no se desvirtúen los principios de publicidad y libre concurrencia y la pureza de la licitación(...). Cuando la modificación es sustancial el ius variandi ha de interpretarse como una excepción al principio de libre concurrencia en la licitación y como tal “debe ser entendida de modo restrictivo, interpretándose la Ley en la forma y sentido mas rigurosos” (dictamen del Consejo de Estado número 3062/98 de 10 de septiembre de 1998). “Un uso indiscriminado de dicha potestad” de modificación de los contratos, concluía el Consejo de Estado en su dictamen número 47.126, de 5 de diciembre de 1984, “podría entrañar un claro fraude de Ley, en cuanto cerraría el acceso a otros posibles contratistas” ».

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, esta Junta Regional de Contratación Administrativa entiende:

1. Que las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del Derecho Comunitario, y por lo tanto no puede alterarse por medio de ellas aspectos o condiciones esenciales del mismo, deben responder dichas modificaciones a causas imprevistas y estar contempladas en la documentación contractual, ya que de lo contrario se estarían variando sustancialmente las bases que dieron lugar a la adjudicación del contrato inicial, lo que estaría en clara contradicción con los principios de publicidad y libre concurrencia que deben presidir la contratación pública.

2. Que, en atención a las consideraciones hechas y las actuaciones que conllevarían la conexión de la Línea 1 del Tranvía con la Estación del Carmen, debe ser el propio órgano de contratación quien valore si con la referida conexión proyectada no se alteran las condiciones esenciales del contrato inicial de concesión de la Línea 1 del Tranvía de Murcia y concurren los demás requisitos legalmente previstos y la misma puede llevarse a cabo a través de su modificación o en caso contrario, de alterarse sustancialmente el contrato y aún en el supuesto de que dicha conexión no pueda realizarse de manera independiente de la Línea 1 del Tranvía, tal como parece desprenderse del Informe emitido en fecha 22 de febrero, debe de procederse a la convocatoria de una nueva licitación.