

**ASUNTO: "OPCIONES PARA LA GESTIÓN DEL SERVICIO DE PISOS TUTELADOS".
702/20**

F

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de **XXXX**, se emite el presente,

INFORME

I. ANTECEDENTES:

A finales de 2018 finalizó el contrato de gestión del servicio pisos tutelados.

A finales de 2019 se inicia licitación para la adjudicación del contrato de concesión de servicios mediante procedimiento restringido, declarándose desierto por la inexistencia de ofertas.

El contratista inicial reitera su intención de no seguir prestado el servicio cuyo contrato debió quedar extinguido a finales de 2018.

II. NORMATIVA APLICABLE

- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD legislativo 3/2011
- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001
- Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.
- Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.PRÓRROGA DE CONTRATO EXTINGUIDO.-Conforme a lo establecido en el artículo 211 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD legislativo 3/2011 (TRLCSP), norma aplicación a este contrato, *"Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución"*; por tanto, nos encontramos ante un contrato extinguido por finalización de la duración establecida.

La vigente Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), en su artículo 29.4 permite la prórroga excepcional de los contratos *"cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario."*

No obstante, entendemos que por razones de interés público, se ha consentido que un contrato extinguido se siga prestando durante casi dos años. Sin embargo, no existe, ni en la anterior normativa ni en la vigente fundamentación legal para obligar al contratista inicial a continuar con la ejecución de este contrato extinguido hace casi dos años. Así pues, **en cualquier momento, dicho contratista podrá entregar del servicio al Ayuntamiento;** debiéndose proceder a la recepción formal del mismo en los términos que en el pliego de cláusulas estuviese establecido.

Es cierto que el artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, permite a través de la figura del equilibrio económico prorrogar hasta un 15% los contratos de concesión de servicios cuando las consecuencias derivadas del estado de alarma hubiesen provocado en el contrato un aumento de gasto y una disminución de ingresos. Sin embargo, este artículo 34.4 se refiere a *"contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes"*, y por tanto, no aplicable a su contrato al estar extinguido desde hace casi dos años. En su consecuencia no existe posibilidad de prorrogar este

contrato al amparo de las previsiones del mencionado artículo 34.4 del RD Ley 8/2020.

2.SOBRE LA O.M.DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN.-Conforme al artículo 333.1 de la LCSP, la Oficina Nacional de Evaluación, órgano colegiado integrado en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo de la letra b) del apartado 3. Sin embargo, a fecha de hoy solo tenemos constancia de un proyecto de O.M. de organización y funcionamiento de dicho organismo, que en julio de 2019 fue sometido a información pública. No nos consta su aprobación .

3.UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD.-El artículo 168 a) 1º de la LCSP establece como una de las causas habilitantes para la utilización de este procedimiento el que no se hayan presentado ofertas en un procedimiento abierto o restringido, como sería su caso. Ahora bien, hay que tener en cuenta que este mismo precepto exige *"que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente"*.

No delimita este precepto cuándo se produce una modificación sustancial de las condiciones iniciales del contrato, debiendo ser calificado como un concepto jurídicamente indeterminado.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea de 13 de enero de 2005, aunque referida al ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000, se pronunció sobre el término *"modificación sustancial"*, a la hora de utilizar el procedimiento negociado en caso de haberse declarado desierto un procedimiento abierto o restringido:

*"...La Comisión alega que la enumeración de los supuestos en los que cabe recurrir al procedimiento negociado tiene carácter taxativo. Concluye de ello que la **interpretación del concepto de "modificación no sustancial" debe ser restrictiva.***

...El Gobierno español reprocha a la Comisión que no indique qué modificación del precio debe considerarse sustancial y qué aumento no merece tal calificación. Alega que, en aras de la seguridad jurídica, el legislador español transformó el concepto indeterminado de "modificación sustancial de las condiciones originales del contrato" en un concepto cierto..

...49. Pues bien, en el presente asunto no puede negarse que, al permitir el recurso al procedimiento negociado cuando el contrato no haya podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10%, los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido dotan precisamente a las citadas disposiciones de las Directivas 93/36 y 93/37 de una condición nueva que debilita tanto el alcance como el carácter excepcional de aquéllas. En efecto, una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato, como prevén, respectivamente, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37.

50. En tales circunstancias, es necesario señalar que los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido constituyen una adaptación incorrecta del Derecho interno a los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37."

Por otro lado, la Comisión Permanente Especial de Vigilancia de la contratación del Ayuntamiento de Madrid, en su sesión de fecha 1 de marzo de 2006, decía:

*"...Por condiciones esenciales del contrato **se ha venido interpretando entre otras el objeto, el precio, el plazo, condiciones de solvencia y particularidades esenciales de las condiciones de ejecución del contrato.**"*

Por su parte, el propio Tribunal de justicia de la Unión Europea, aunque referidas a las modificaciones, de contratos en ejecución, ha venido sosteniendo que una modificación sustancial es aquella que hubiera permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente. Así, STJUE de 29 de abril de 2004, y STJUE de 19 de junio de 2008.

En definitiva, y recogiendo la tesis sostenida por La Comisión Permanente Especial de Vigilancia de la contratación del Ayuntamiento de Madrid, que a su vez se fundamenta en la jurisprudencia europea citada, podemos considerar que **una modificación sustancial, aunque concepto jurídico**

indeterminado, es aquella que afecta a los elementos esenciales del contrato: objeto, el precio, el plazo, condiciones de solvencia,...

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 374/2018 de 13 Abril 2018, respecto a esta cuestión ha afirmado lo siguiente:

*"Pues bien, la redacción del límite es clara en la Ley para acudir a un procedimiento negociado, después de haber quedado desierto el restringido por no presentar ofertas las seleccionadas: cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. Debiendo definirse de manera precisa si un cambio en el precio se subsume en una modificación sustancial de las condiciones iniciales del contrato. Al margen del desarrollo que haremos a mayor abundamiento se antoja sencilla la respuesta, que no requería mayor esfuerzo argumentativo: **el precio es una condición inicial del contrato, un elemento esencial del mismo y por lo tanto cualquier modificación en el mismo, en una cuantía importante** además tal y como señala la reclamación, **hace que estemos ante una modificación que deba revestir de la nota de "sustancial"** Así, la variación total del precio es de 9,74% llegando incluso en algunos Lotes al 15,72%.*

.../...

Por lo tanto, parece que siguiendo a la RAE en la definición de sustancial: Perteneciente o relativo a la sustancia o Importante o esencial, el precio es sin duda "sustancia" del contrato y las modificaciones sobre el mismo en los números transcritos deben considerarse importantes por lo que asiste razón a la recurrente sobre la inadecuación del procedimiento negociado sin publicidad."

En definitiva, y reconsiderando la cuestión que se nos plantea, la LCSP en su artículo 168 a) 1º permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad cuando, como en su caso, no se haya presentado ninguna oferta; pero sin que sea posible modificar sustancialmente las condiciones iniciales del contrato ni incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución.

Sin embargo, salvo en lo que respecta al precio y al sistema de retribución, el legislador, al igual que ocurría en las normas anteriores a la vigente LCSP, no determina qué debe entenderse por modificación sustancial. No obstante esto, y como hemos dicho más arriba, podemos considerar que

una modificación sustancial, aunque concepto jurídico indeterminado, es aquella que afecta a los elementos esenciales del contrato: objeto, precio, plazo de ejecución, condiciones de solvencia, forma o condiciones de ejecución, etc.; es decir, todas aquellas hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente

En su consecuencia, y a *sensu contrario*, no serán modificaciones esenciales aquellas que no hagan variar ni la sustancia del objeto del contrato, ni el precio, ni el plazo de ejecución, ni la forma ni las condiciones en que se presta, etc. Tal consideración deja poco margen de maniobra para utilizar este procedimiento excepcional.

Así las cosas, aunque variemos esos elementos iniciales de forma no sustancial y sin que en ningún caso podamos modificar el precio, difícil será que encontremos elementos que modificándolos levemente, o incluso sin modificar nada, nos encontremos ante un procedimiento negociado sin publicidad una mínima garantía de que obtengamos ofertas admisibles.

Por tanto, una modificación sustancial, aunque se trate de un concepto jurídico indeterminado, es aquella que afecta a los elementos esenciales del contrato: objeto, precio, plazo de ejecución, condiciones de solvencia, forma o condiciones de ejecución, etc.; es decir, todas aquellas que hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

En su consecuencia, y a *sensu contrario*, **no serán modificaciones sustanciales aquellas que no afecten a los elementos esenciales del contrato y que, por tanto, no hagan variar ni la sustancia del objeto del contrato, ni el precio, ni el plazo de ejecución, ni la forma ni las condiciones en que se presta, etc.**

4.NUEVO ESTUDIO DE VIABILIDAD.-Para el supuesto de una nueva licitación de este contrato, si, sea cual fuese el procedimiento de adjudicación del contrato, variasen las condiciones económicas o de prestación del servicio, deberá realizarse un nuevo estudio de viabilidad con los mismos requisitos procedimentales exigidos en el artículo 285.2 de la LCSP y, por tanto, aprobación y exposición pública.

5.UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO CON PUBLICIDAD.-Salvo que se opte por la utilización del procedimiento negociado sin

publicidad por haberse declarado desierta la anterior licitación, el único procedimiento legalmente admisible es el restringido por así disponerlo el artículo 131.2 de la LCSP, ya que se trata de un contrato de concesión de servicios especiales de los recogidos en el Anexo IV de la LCSP.

6.CONVENIO CON ASOCIACIÓN SI ÁNIMO DE LUCRO.-El artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) define los convenios del siguiente tenor: *"Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común."* Con esta definición tan amplia, cualquier acuerdo, con efectos jurídicos, puede ser objeto de convenio; ahora bien, es interesante la segunda característica que este precepto exige: que tenga por objeto un fin común.

Por su parte, el artículo 6.1. de la LCSP excluye de su ámbito de aplicación a *"1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador ."*

Por tanto, el elemento diferenciador entre convenio y contrato es precisamente su contenido, no con quien se celebre o cómo lo denominemos. **Si en el contenido de este acuerdo subyace una prestación que, al amparo de la LCSP, puede ser considerada como objeto de un contrato, del tipo que sea, no podemos derivarlo al concepto de convenio** ya que con ello estaríamos transgrediendo los principios de la contratación pública recogidos en el artículo 1 de la LCSP: *"libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores"*.

Como ha afirmado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diversos informes, entre ellos el informe 57/03, de 30 de marzo de 2004, y el Informe 21/08, de 28 de julio de 2008, el legislador no ha querido que,

por la vía del convenio de colaboración, puedan escaparse de la aplicación de la LCSP relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo.

Por tanto, existiendo la figura del contrato de concesión de servicios no es legalmente posible excluir de su obligada licitación pública vía convenio con asociaciones, aunque no tengas éstas ánimo de lucro.

7.ALTERNATIVAS VIABLES.-El artículo 15 de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, ha calificado como competencia municipal propia la *"Ordenación, planificación, programación, fomento y gestión de los servicios sociales y de las políticas de inclusión social"*; lo que, aunque con matices, nos conduce a un servicio municipal cuya prestación ha sido asumida por su Ayuntamiento. Recordemos que la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) en su artículo 85.2 establece dos formas de gestión de los servicios municipales:

A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia Entidad Local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (hoy, LCSP).

Por tanto, no siendo posible obligar al contratista inicial a seguir prestando el servicio solo cabe o la gestión indirecta mediante la adjudicación de un nuevo contrato de concesión de servicios o la gestión directa; gestión directa que en todo caso deberá prestar su Ayuntamiento hasta tanto se adjudica ese nuevo contrato; pues la otra alternativa sería cerrar las instalaciones y dejar de prestar el servicio.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.-No existe, ni en la anterior normativa ni en la vigente, fundamentación legal para obligar al contratista inicial a continuar con la ejecución de un contrato extinguido hace casi dos años. En cualquier momento dicho contratista podrá entregar el servicio al Ayuntamiento; debiéndose proceder a la recepción formal del mismo en los términos que en el pliego de cláusulas estuviese establecido.

SEGUNDA.-A fecha de hoy no se ha publicado O.M. que regule la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación.

TERCERA.-A los efectos de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, una modificación sustancial, aunque se trate de un concepto jurídico indeterminado, es aquella que afecta a los elementos esenciales del contrato: objeto, precio, plazo de ejecución, condiciones de solvencia, forma o condiciones de ejecución, etc.; es decir, todas aquellas que hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente. En su consecuencia, y a sensu contrario, no serán modificaciones sustanciales aquellas que no afecten a los elementos esenciales del contrato y que, por tanto, no hagan variar ni la sustancia del objeto del contrato, ni el precio, ni el plazo de ejecución, ni la forma ni las condiciones en que se presta, etc.

CUARTA.-No es posible la utilización del procedimiento negociado con publicidad al tratarse de un contrato de concesión de servicios especiales de los recogidos en el Anexo IV de la LCSP (ex artículo 131.2 de la LCSP)y, por tanto, el procedimiento a utilizar para su adjudicación **debe ser el restringido.**

SEXTA.-No es posible la utilización de un convenio para la prestación de este servicio ya que las prestaciones que subyacen son las propias de uncontro.

SÉPTIMA.-Siendo que no es posible obligar al contratista inicial a seguir prestando un contrato ya extinguido, **la única opción, en tanto se adjudica un nuevo contrato, es la gestión directa**; salvo que se proceda temporalmente al cierre de las instalaciones.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de XXXXX que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

En Badajoz