

Con fecha 4 de agosto de 2021 se recibe de la Alcaldía del Ayuntamiento de XXX XXX XXX solicitud de informe, trasladada a esta Secretaría-Interventora en fecha 6 de agosto de 2021, en relación a la viabilidad jurídica de prorrogar durante quince años más el contrato de concesión administrativa de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración de aguas residuales de XXX XXX XXX, con vencimiento en el año 2025.

Accediendo a lo solicitado, se procede a emitir el presente informe con base, por resultar de la solicitud y de la información de que se acompaña, en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En escrito de fecha 02.02.2019, XXX XXX XXX(XXX XXX XXX), concesionaria actual del servicio de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración de aguas residuales, pone en conocimiento del Ayuntamiento de XXX XXX XXX la necesidad de llevar a cabo una serie de inversiones en las infraestructuras, comprometiéndose a la ejecución de las mismas a cambio de prórroga del actual contrato, concretándose su petición en *"la renuncia por parte del Ilmo. Ayuntamiento de XXX XXX XXX a su derecho a denunciar el contrato durante tres prórrogas de cinco años; por tanto, se compromete a aprobar cada una de ellas, hasta sumar un total de 15 años a contar desde la fecha de finalización del actual contrato, es decir, desde el 31 de diciembre de 2025, hasta el 31 de diciembre de 2040"*.

Segundo.- A la vista de la propuesta presentada por el concesionario del servicio, el Ayuntamiento se plantea la posibilidad de modificar el contrato por razones de interés público, habiéndose iniciado ya la tramitación de las actuaciones preparatorias, solicitando del Departamento de Asistencia a Municipios la emisión de informe de legalidad e idoneidad.

Tercero.- Se acompaña la solicitud de informe de la siguiente documentación:

1. - Pliego de bases generales técnico-económicas que rigen la licitación.
2. - Copia del contrato suscrito en el año 1991 entre el Ayuntamiento de XXX XXX XXX y XXX XXX XXX .
3. - Documento de formalización de la modificación del contrato de concesión administrativa (diciembre de 2005).
4. - Instancia de XXX XXX XXX de fecha 4 de diciembre de 2019.
5. - Informe de ingeniería de análisis de la propuesta.

Normativa aplicable:

- Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, Decreto 923/1965, de 8 de abril.
- Reglamento General de Contratación del Estado aprobado, Decreto 3410/1955, de 25 de noviembre
- Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, Decreto de 9 de enero de 1953
- Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, Decreto de 17 de junio de 1955.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Antes de adentrarnos en la materia objeto del presente informe hemos de advertir que no compete a esta Unidad realizar juicios de idoneidad sobre la propuesta realizada por el concesionario, en el sentido de determinar si ésta resultaría preferible a cualquier otra opción que el Ayuntamiento pudiera tomar en consideración, debiendo limitarse el presente análisis a determinar la viabilidad jurídica de la propuesta, a la luz de los antecedentes que han sido puestos a nuestra disposición.

De dichos antecedentes se desprende que, con fecha 29.01.1991, el Ayuntamiento de XXX XXX XXX suscribió con la empresa XXX XXX XXX contrato de cesión administrativa de la explotación del servicio municipal de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración de aguas residuales. El contrato tenía una duración inicial de diez años a partir

del 1 de enero de 1.991, contemplando el pliego la posibilidad de prórrogas tácitas sucesivas por periodos de cinco años, hasta alcanzar el plazo máximo de duración permitido por la legislación vigente para este tipo de contratos. Por tanto, conforme a la cláusula segunda del pliego, el contrato podría ser prorrogado a su vencimiento con la limitación, que resulta de la propia cláusula, de que la prórroga había de realizarse por sucesivos periodos de cinco años hasta alcanzar el máximo legal.

El contrato, llegado el vencimiento del plazo inicial de duración, se prorrogó de forma tácita por plazo de cinco años hasta diciembre de 2005. Por otro lado, el 27 de octubre de 2005 el Pleno acuerda prorrogar el contrato por cuatro periodos de cinco años, esto es, veinte años, hasta el 31.12.2025; acordándose también el adelanto del canon que correspondería abonar a la concesionaria por esos veinte años, con objeto de financiar obras de mejora en la red de abastecimiento.

En primer lugar, y dada la indefinición de que adolece el pliego en cuanto a la fijación de la duración del contrato, solventada con una vaga referencia al “*máximo legal*” permitido, se hace necesario abordar cuál pueda ser esa duración máxima, a la luz del pliego que rigió la licitación, y de la normativa que resulte de aplicación.

La Disposición Transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) determina, en su apartado 2, que *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*. Pues bien, el criterio a utilizar para determinar cuál es esa normativa anterior con arreglo a la cual determinar el régimen jurídico aplicable al contrato resulta ser el de la norma vigente a la fecha de adjudicación, antojándose ciertamente ilógico e incoherente cambiar la legislación aplicable a un expediente de contratación cuyos pliegos, que regulan el régimen jurídico del contrato al que han de atenerse las partes, se han aprobado conforme a la norma vigente en su momento y conforme a la cual el licitador ha presentado su oferta.

A esta misma conclusión llega Consejo Consultivo de la Región de Murcia en informe 02/2011 de 11 de junio, abordando el régimen transitorio aplicable a un contrato de gestión de servicios (1) o el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en dictamen 44/2019 de 14 de febrero (2). Y la propia JCCAE en Informe 52/2000, de 5 de marzo de 2001, no duda en aplicar la Ley de Contratos del Estado a la prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos adjudicado en 1992, afirmando que, dada la fecha de adjudicación, “*(...), la posibilidad de prórroga ha de examinarse a la luz del pliego de condiciones económico administrativas con arreglo al cual se adjudicó el contrato y de la Ley de Contratos del Estado, entonces en vigor, aunque esta última, en sus principios inspiradores no difiere sustancialmente de los de la hoy vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyos preceptos figuran incorporados al Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*” (3).

En el presente caso, al haber tenido lugar la adjudicación en diciembre de 1990, esta normativa de aplicación está constituida por la Ley de Contratos del Estado- texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (en adelante LCE) -, Reglamento General de Contratación del Estado, - Decreto 3410/1955, de 25 de noviembre (en adelante RGCE) -, y disposiciones locales vigentes en dicha fecha, a saber, Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (en adelante RCCL), Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (en adelante, RSCL) y Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante RBEL).

- (1) Consulta sobre la duración, prórroga y posible modificación de un contrato de gestión de servicio público. Informe 02/2011, de 17 de junio, del Consejo Consultivo de la Región de Murcia.
- (2) Dictamen 44/2019, de 14 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, sobre modificación de contrato de limpieza viaria adjudicado en 2005.
- (3) Informe 52/00, de 5 de marzo de 2001. *“Prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos y posibles modificaciones del mismo”*

Sentado lo anterior y por lo que respecta a la duración del contrato, la LCE, en su artículo 64, establecía que la gestión “...no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente su duración y las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que en ningún caso pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de noventa y nueve años”.

Por su parte, tanto el RCCL, en su artículo 10, como el RSCL, artículo 115, fijaban en cincuenta años la duración máxima de las concesiones de los servicios públicos de carácter local.

Y en lo tocante a las prórrogas, el artículo 64 de la LCE reconocía también la posibilidad de prorrogar el plazo inicialmente pactado, advirtiendo que tal posibilidad debía quedar necesariamente fijada en los términos del contrato, aunque sin recoger la exigencia de que las prórrogas fueran expresas.

Sin embargo, las sucesivas normas sobre contratación pública han venido exigiendo que las prórrogas de los contratos sean de carácter expreso, quedando prohibidas las prórrogas tácitas o llamada “*tácita reconducción*”. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha venido manifestándose en tal sentido en diversos informes, que confluyen en el informe 55/2004 de 12 noviembre, en el que afirma: “...hay que remitirse a la doctrina de esta Junta reflejada en los informes de 7 de junio y de 8 de julio de 2004 (expedientes 24/04 y 35/04) y en tres de esta misma fecha (expedientes 47/04, 50/04 y 57/04) expuesta en el sentido de que a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 67.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, **las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, deben ser rechazadas, una vez entrada en vigor la nueva redacción del citado artículo 67.1 al resultar un contrasentido** —se afirma en el **informe de 8 de julio de 2004**— que un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigor pudiese continuar produciendo sus efectos indefinidamente en virtud de prórrogas tácitas. ...

SEGUNDO.- El pliego que rigió la adjudicación en el Ayuntamiento de XXX XXX XXX establecía, en su Base segunda, apartado 3º, que la duración de la concesión se fijaba en “ (...) diez años prorrogables por la tácita por periodos de cinco años hasta el máximo legal, salvo denuncia expresa por alguna de las partes contratantes, notificada al menos un año antes de su vencimiento”.

Como hemos visto, el pliego, respondiendo a la exigencia del artículo 64 de la LCE, recogía expresamente la posibilidad de prórroga; y aunque admitía también la tácita reconducción salvo denuncia de alguna de las partes, ya hemos dicho que tal posibilidad ha de ser rechazada a la luz de la doctrina sentada por la JCCA.

Esta sobrevenida prohibición de prórroga tácita no veda sin embargo toda posibilidad de prórroga del contrato, toda vez que el pliego nació legítimamente al amparo de una normativa que permitía las prórrogas tácitas. Y estando recogida la posibilidad en el pliego, no debería en principio suponer mayor problema la admisión de las prórrogas dentro de los límites que el propio pliego establece y siempre, desde luego, de forma expresa. No hay que olvidar que la procelosa regulación de la contratación pública es precisamente lo que ha forzado situaciones como la descrita, en las que un contrato sobrevive a cinco normas sucesivas, debiendo adaptarse y coexistir con las mismas. Y en este caso concreto el esfuerzo adaptativo se concreta inexcusablemente, por lo que a la prórroga se refiere, en reconducir la previsión del pliego a acuerdo expreso entre las partes.

Dicho esto, es lo cierto que el régimen establecido en el pliego es precisamente el contrario al que se propone ahora, dado que lo que había de ser expreso en su manifestación no era la voluntad de prorrogar el contrato, sino precisamente la voluntad de no prorrogarlo. Quedando por tanto la prórroga expresa huérfana de todo procedimiento, pues no habiéndose previsto tal posibilidad en los pliegos, tampoco se diseñan los trámites que han de conducirnos a ella. Debiendo estarse, en definitiva, a lo que disponga la legislación aplicable al respecto, es decir, la vigente al momento en que la prórroga se produce.

TERCERO.- Sentada, pues, la posibilidad de prorrogar el contrato de forma expresa, hemos de volver al pliego para extraer los requisitos que en él se establecían al respecto, determinando la cláusula 2ª.3, por lo que aquí interesa y en cuanto a la duración, que las prórrogas habrían de ser por periodos de cinco años.

Llegados a este punto es necesario poner de manifiesto que la solicitud formulada por la empresa adjudicataria se refiere expresamente a la *“renuncia por parte del Ayuntamiento a denunciar el contrato”*, mientras que el Ayuntamiento se refiere, en su petición de informe, a la posibilidad de acordar una prórroga por quince años.

Por lo que a la solicitud de la concesionaria se refiere, expresada en los términos que ya se han puesto de manifiesto, hemos de decir, en primer lugar, que la posibilidad de denunciar el contrato para impedir la continuidad del mismo más allá del plazo inicialmente pactado tiene sentido en el momento en que los pliegos se aprobaron, pero no en el contexto normativo actual en el que, como hemos visto, no caben las prórrogas tácitas. Por otro lado, tampoco cabe la renuncia de la Administración a la potestad que ostenta, y que los pliegos le otorgan como tutora del interés público en juego, de valorar, llegado el momento, la necesidad o no de continuidad del servicio, y de que éste se siga prestando precisamente por la misma concesionaria. Y ello porque las prerrogativas que corresponde a la Administración para la consecución de sus fines podrán o no ejercitarse, pero son irrenunciables, no resultando admisible la disposición de la potestad administrativa por vía contractual.

Finalmente, resulta lógico que la prórroga del contrato se lleve a cabo una vez que esté próximo su vencimiento (el del plazo inicial o el de los plazos prorrogados), pues será ese el momento en el que la Administración comprobará si el concesionario ha cumplido el contrato a su satisfacción y si, estando prevista en los pliegos dicha prórroga, resulta conveniente llevarla a cabo y precisamente con el mismo contratista. Por tanto, el compromiso anticipado de aprobar sucesivas prórrogas de cinco años, desnaturalizando por completo el concepto mismo de prórroga, supondría en realidad, confundir un supuesto de prórroga del contrato con el de la modificación del ámbito temporal de éste, ampliándolo - y ello supone afectar un elemento esencial del contrato- más de cinco años antes de su finalización.

Queda, por tanto, analizar si, a la vista de las previsiones contenidas en el pliego que sirvió de base a la licitación, resultaría posible acordar una prórroga de quince años - hasta 2040 -, fundamentada en la necesidad de acometer una serie de inversiones para poder seguir garantizando el correcto funcionamiento del servicio.

No por reiterado debemos dejar de recordar que, de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo *“pacta sunt servanda”* con sus corolarios del imperio de la buena fe y del *non licet* contra los actos propios. Si esto es así, la norma que rige la duración de los contratos es el pliego de cláusulas administrativas particulares, de tal modo que cualquier prórroga del mismo debe hacerse exactamente en los términos previstos en el mismo.

A ello se ha referido en diversas ocasiones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, como en Informe 38/98, de 16 de diciembre de 1998, en el que afirma que *“(...) la prórroga o ampliación del plazo de la concesión de servicio público, sólo es posible, si está prevista, así como su duración, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y deberá concederse en los términos previstos en dichos pliegos, tanto si, por la fecha del contrato, resulta aplicable la Ley de Contratos del Estado, como si lo es la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*

Así, la prórroga, como una de las alteraciones que puede experimentar el contrato de concesión de servicio público durante su realización, enmarcada en las previsiones contenidas respecto a ella en los pliegos, no supondrá, en principio, más que una aplicación normal de sus cláusulas. Lo que implica, a *sensu contrario*, que cualquier prórroga del contrato realizada fuera de los límites establecidos en el pliego, por periodos superiores o inferiores a los en él previstos, no podría configurarse como una prórroga del mismo, sino como una modificación contractual.

Como afirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón en informe 16/2016, de 20 de julio, “ (...) *la cuestión de la prórroga, por su íntima conexión con la duración del contrato, resulta una condición esencial de la licitación que no puede ser objeto de variación sin seguir el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los contratos*”.

Se da la circunstancia de que en diciembre de 2005, esto es, a la finalización de la primera prórroga (tácita), el Ayuntamiento acordó modificar el contrato en el sentido de prorrogarlo durante cuatro periodos sucesivos de cinco años, es decir, veinte años, hasta el 31 de diciembre de 2025.

Con independencia de las valoraciones que procediese hacer en relación a la corrección jurídica, tanto material como formal, del citado acuerdo, y que no son objeto del presente informe, entendemos que no puede otorgarse al mismo la virtualidad práctica de amparar cualquier otra prórroga, de la duración que sea, siempre que se respete el límite temporal máximo del contrato.

Para empezar, el acuerdo de modificación habla expresamente de “*modificación en la prórroga del referido contrato durante cuatro periodos de cinco años*”. Y dado que la interpretación de los contratos admite el recurso a la aplicación supletoria de las normas de interpretación del Código Civil, de acuerdo con el artículo 1.281, si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. Por otro lado, indagando en los antecedentes que se recogen en el documento de formalización que el Ayuntamiento acompaña a su solicitud, la intención de las partes ha sido exclusivamente la de posibilitar a la Administración el llevar a cabo nuevas captaciones, obteniendo la financiación del adelanto del canon por parte de la concesionaria, obrando en este caso la modificación acordada como mecanismo de compensación ante el posible desequilibrio financiero que se causaría a la empresa de no mediar esta prórroga.

No cabe, por tanto, sino reconducir la petición de la concesionaria a una propuesta de nueva modificación del contrato. Y aunque no resulta infrecuente que las modificaciones sean sugeridas y solicitadas por el propio contratista, como en este caso, no faltan autores, como GRIS GONZÁLEZ o VAZQUEZ MATILLA que entienden que la normativa existente excluye la modificación del contrato de mutuo acuerdo, de suerte que, como sostiene HORGUE BAENA, “ *el contratista solo puede decidir si solicita o no la extinción del contrato para el caso de que no acepte llevar a cabo la ejecución de un modificado*” (6). No obstante, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa lo admitió en informe 48/95, de 21 de diciembre, en el que afirmaba que el hecho de que la LCE contemplara la modificación como una facultad unilateral de la Administración, sin referirse al mutuo acuerdo de las partes, no impedía que la modificación bilateral pudiera ser admitida. Sin embargo, la misma Junta Consultiva, en informe 42/2002, de 17 de diciembre, afirma que desde el punto de vista formal “ (...) *la modificación del contrato es una prerrogativa de la Administración y no cabe atribuir la iniciativa y el contenido de la modificación al contratista* (...)”.

Por lo que a la LCE se refiere, el artículo 16 permitía la modificación del contrato de concesión por razones de interés público, dentro de los límites y con arreglo a los requisitos señalados en la propia Ley. Por su parte, el artículo 74 se refiere a la modificación por razones de interés público de las características del servicio y de las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, disponiendo que cuando la modificación afecte al régimen financiero del contrato, deberá compensarse al empresario al objeto de mantener en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél.

(4) Informe 16/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Asunto: Prórrogas y modificaciones en los contratos de gestión de servicios públicos.

(5) HORGUE BAENA, C. La modificación del contrato administrativo de obras.

Pues bien, como afirma el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en dictamen 44/2019, de 14 de febrero, “ (...) *tal como afirmó este Consejo en su Dictamen Núm. 110/2015, en coincidencia con lo dictaminado por otros Consejos Consultivos y Juntas de Contratación Administrativa autonómicas, “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 forma de interpretación conforme a la legislación anterior con la doctrina elaborada por el TJUE”, añadiendo a continuación que “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**”.*

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el ya citado informe 16/2016, de 20 de julio entiende igualmente que las modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato, si bien “(...) *corresponde al órgano de contratación valorar si las modificaciones que pretenda efectuar sobrepasan o no ese límite*”

Por su parte el TS, en sentencia de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\318) manifestó que, aunque el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato, la modificación sólo puede adoptarse en cuanto que la misma sea indispensable para el mejor servicio del interés público, requiriéndose una especial y singular motivación que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio “*no varietal*”.

En cuanto a qué debemos entender “*condición esencial o sustancial*”, se trata de un concepto jurídico indeterminado que no se puede definir de forma general para toda clase de contratos, ni para una determinada categoría de éstos, sino que habrá que atender a cada caso concreto, pues incluso en contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no, dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto C-91/08), que analiza los supuestos en que las modificaciones contractuales se pueden considerar sustanciales, afirma que lo son cuando ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato, y también cuando la modificación introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores, aparte de los admitidos inicialmente, o habrían permitido seleccionar una oferta diferente.

En informe 14/2010, de 26 de noviembre, en un supuesto en el que también se planteaba la posibilidad de modificar la frecuencia y la duración parcial de las prórrogas de un contrato de gestión de servicios públicos, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña sostiene igualmente que no se puede establecer una fórmula que permita determinar previamente qué condiciones tienen *carácter esencial*, sino que esta determinación tiene que efectuarse caso por caso, sin perjuicio que se pueda entender como esenciales aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

Para ello diferencia entre dos elementos vinculados, pero con finalidades y regulación diversa, eso es, la duración inicial del contrato y la posible o posibles prórrogas que se hagan, entendiendo que la duración inicial del contrato constituye un elemento esencial desde el inicio del expediente en la medida en que determina el espacio temporal cierto de ejecución, y por tratarse de una condición y una información básica que tienen que conocer los licitadores para formular sus proposiciones. Por otra parte, la posible prórroga del contrato, aunque tenga que estar prevista y regulada en el pliego y conocida por todos los licitadores, depende, para su efectiva realización, de que las necesidades de la Administración se prolonguen por un tiempo superior al inicialmente fijado y que, además, se adopte la decisión en este sentido. Por lo tanto, la cláusula del pliego que prevé y regula la prórroga es una cláusula habilitadora *para el órgano de contratación, con los límites temporales indicados, según las necesidades de la continuidad o no de la prestación del servicio*”.

El dictamen termina concluyendo que, con carácter general, y, por tanto, supeditado a las características específicas de cada contrato, se puede considerar que la duración concreta de cada una de las prórrogas que se pueden adoptar dentro del plazo total máximo previsto es un elemento no sustancial del contrato. En consecuencia, su modificación puede ser admisible, teniendo en cuenta, además, su eventual vinculación a las inversiones necesarias para el mantenimiento de la infraestructura que posibilita la prestación del servicio, si es el caso. “(...) *En definitiva, la admisión de la modificación del plazo de duración de las prórrogas -que se puede considerar, en ocasiones, un elemento no esencial del contrato-, hay que determinarla según el análisis del contexto y de las características del contrato ya que, como ya se ha indicado, difícilmente se puede establecer el carácter de modificación sustancial o no de un determinado elemento por sí solo, y está condicionada, también, al hecho de que se hayan cumplido los requisitos legales relativos a la previsión de la posibilidad de prórroga en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, a los efectos de que fuera conocida por todos los licitadores y valorada a la hora de presentación de las proposiciones correspondientes*”.

Como puede apreciarse, la Junta Consultiva es extremadamente prudente al advertir que la modificación de la duración concreta de las prórrogas “*puede ser admisible*”, supeditándolo en cualquier caso a que, del análisis del contexto y de las características del contrato no se deduzca que se trata de un elemento esencial en el sentido de que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubiera permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente. Dicho de otro modo, hubieran reforzado la posición del contratista y producido en consecuencia una distorsión de la competencia las que sí deberán ser calificadas de esenciales. Y ello porque la continuidad y la regularidad en la prestación, que se han erigido tradicionalmente como una de las “*leyes*” del servicio público, deben ahora modularse en su alcance y ser aplicadas de acuerdo con las prescripciones derivadas del Derecho de la UE, que viene exigiendo el respecto a los principios de transparencia e igualdad entre los licitadores.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, el carácter sustancial o no de la modificación deberá extraerse de las características del contrato, conformadas básicamente por aquellos elementos que sí son esenciales en el mismo, y que se desprende de los términos del pliego, a saber:

- El objeto mismo, definido en la base primera del pliego de bases generales, en la que se establece que forman parte del objeto del contrato no sólo las obras e instalaciones de abastecimiento y saneamiento que se ponen a disposición de la concesionaria al inicio de la concesión, sino aquéllas otras que ejecute o reciba el Ayuntamiento para su adscripción al servicio.
- La duración máxima del contrato, en los términos que se han expuesto en el presente informe.
- Las obligaciones de conservación y mantenimiento de las instalaciones que corresponden al concesionario, definidas en la base decimotercera.
- La previsión contenida en la base decimocuarta, de que las obras de ampliación o renovación de la red serán, en principio, de cuenta del Ayuntamiento, sin perjuicio de que pueda también el adjudicatario ejecutarlas en las condiciones que de mutuo acuerdo se pacten.

A la luz de todo lo expuesto y sin perder de vista estos extremos, la Administración deberá documentar de manera estricta en el expediente, y mediante una completa motivación, el cumplimiento simultáneo de estas dos condiciones:

1. - Que la variación no supone una modificación del ámbito objetivo, ni está implicando finalidades distintas a las del contrato originario, ni una ampliación de las prestaciones que fueron objeto de licitación, en atención a lo dispuesto en las cláusulas 1ª, 13ª y 14ª del pliego. Y, especialmente, deberá justificarse especialmente que las obras a ejecutar por la concesionaria se encuentran comprendidas dentro del objeto del contrato, pues las características de dicho objeto son las que se tuvieron en cuenta para determinar las condiciones de solvencia de los licitadores
2. - Que, en consecuencia, no se están vulnerando los principios de publicidad, concurrencia e igualdad entre los licitadores. Esto es, que de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

Es cuanto procede informar, parecer jurídico que queda sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho y que no supe el contenido de cualesquiera otros informes emitidos con carácter preceptivo o facultativo para la válida adopción de acuerdos.

Toledo, a 8 de noviembre de 2021