FECHA: 18/02/2020

INFORME JURÍDICO REQUERIDO POR EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN DE LA FEMPCLM EN BASE AL INFORME TÉCNICO EMITIDO EN RELACIÓN CON LA APRECIACIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y/O DE TRANSCRIPCIÓN EN LOS DATOS APORTADOS POR DETERMINADAS ENTIDADES LOCALES PARA LA ELABORACIÓN DEL PCAP CORRESPONDIENTE A LA LICITACIÓN DE LA FASE II DEL PROYECTO CLIME DE LA FEMPCLM.-

D. JOSÉ RAMÓN LORENZO GAY, en calidad de Asesor Jurídico externo para la realización de la documentación necesaria para la licitación de la Fase II del Proyecto CLIME de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha (en adelante, FEMPCLM), a petición del Órgano de Contratación de la Central de Contratación de la FEMPCLM, en base al informe técnico emitido por el Coordinador del Proyecto CLIME de fecha 10 de febrero de 2020, y a los efectos de sustentar jurídicamente la posibilidad de modificación, en su caso, del Contrato Centralizado formalizado por dicha Central de Contratación con la entidad que resultó adjudicataria, emite el siguiente INFORME:

ANTECEDENTES.-

I.- Con fecha 17 de agosto de 2016 el que suscribe formalizó con la FEMPCLM el contrato de servicios denominado "CONTRATO PRIVADO DE SERVICIOS DE ASESORÍA JURÍDICA PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE LA SEGUNDA FASE DEL PROYECTO CLIME Y LA LICITACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS PROYECTOS DE EFICIENCIA ENERGÉTICA Y UTILIZACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES EN EL ÁMBITO DE LAS ENTIDADES LOCALES DE CASTILLA-LA MANCHA QUE FUERAN CONSIDERADAS APTAS, QUE HAYAN CONCLUIDO CON LA REALIZACIÓN DE SUS AUDITORÍAS ENERGÉTICAS DE LA FASE I DEL PROYECTO CLIME Y ACUERDEN SU CONTINUIDAD EN EL PROYECTO", contrato que sirvió de base para articular y desarrollar la Fase II del Proyecto CLIME de la FEMPCLM.

II.- Desarrollado el procedimiento de contratación, la Central de Contratación de la FEMPCLM formalizó, Con fecha 3 de abril de 2019, el "CONTRATO MIXTO DE SERVICIOS Y SUMINISTROS ENERGÉTICOS EN LAS INSTALACIONES TÉRMICAS Y EL ALUMBRADO INTERIOR DE LOS EDIFICIOS PÚBLICOS Y EN LAS INSTALACIONES DE ALUMBRADO PÚBLICO EXTERIOR Y OTRAS, DE LAS ENTIDADES LOCALES ADHERIDAS A LA CENTRAL DE CONTRATACIÓN Y A LA FASE II DEL PROYECTO CLIME DE LA FEMPCLM" (en adelante, "CONTRATO" o "CONTRATO CENTRALIZADO") con la mercantil ELECNOR, S.A. (en adelante, el ADJUDICATARIO), fecha a partir de la cual habían de adjudicarse y formalizarse los contratos administrativos mixtos específicos de cada una de las 58 Entidades locales (en adelante, EELL) participantes en el proyecto.

III.- Con fecha 17 de febrero de 2020, se me ha notificado el "Informe técnico en relación con la apreciación de errores aritméticos y/o de transcripción en los datos aportados por determinadas Entidades locales y publicados en la licitación de la Fase II del Proyecto CLIME de la FEMPCLM" emitido, en fecha 10 de febrero de 2020, por el técnico de la FEMPCLM y Coordinador del Proyecto CLIME, D. José Diego Caballero

Firmado digitalmente por: LORENZO GAY JOSE RAMON - 76620856J Fecha y hora: 17.02.2020 15:16:02

Klink, en el que deja constancia de la apreciación de determinados errores que afectan al proyecto licitado y proponiendo su subsanación y al que íntegramente me remito.

Dicha notificación se me realiza por el Órgano de Contratación de la FEMPCLM en cumplimiento de lo previsto en el artículo 108.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), normativa legal que afecta al procedimiento de contratación que nos ocupa.

En el Contrato Centralizado del Proyecto CLIME participaron más de cincuenta ayuntamientos, una vez fue adjudicado, se comenzaron a formalizar los contratos derivados del mismo y a la hora de llevar a cabo dichos trámites de formalización se han detectado algunos errores respecto de alguno de los Ayuntamientos participantes.

Los errores apreciados en el informe que se me remite y que afectan a cinco de las EELL participantes en la Fase II del Proyecto CLIME, CAUDETE, BARRAX, CABEZARRUBIAS DEL PUERTO, POZUELO DE CALATRAVA Y VALVERDE DE JÚCAR, obedecen, según se indica en el mismo informe técnico referido anteriormente, a lo que cabría calificar como "errores aritméticos" y/o "errores de transcripción" en la información de origen que dio lugar a la licitación y a la redacción de los pliegos en general y del PCAP en particular, errores que, en dicho caso, habrían de subsanarse con carácter previo a la adjudicación, formalización o modificación de los respectivos contratos administrativos mixtos (contratos derivados) de las indicadas EELL afectadas.

En base a los anteriores antecedentes y a los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 108.2 del TRLCSP, se procede a la emisión del siguiente,

INFORME

Primero.- El informe remitido por el Órgano de Contratación de la FEMPCLM a quien suscribe informa a quien suscribe que dicho Órgano ha tenido conocimiento de una serie de "errores matemáticos" y/o "errores de transcripción" en los datos aportados en origen al proyecto por cinco de las EELL que han formado parte de la licitación de la Fase II del Proyecto CLIME: CAUDETE y BARRAX, en la provincia de Albacete, CABEZARRUBIAS DEL PUERTO Y POZUELO DE CALATRAVA, en la provincia de Ciudad Real, y VALVERDE DE JÚCAR, en la provincia de Cuenca.

Analizados en profundidad dichos errores, el informe emitido por el técnico de la FEMPCLM y Coordinador del Proyecto CLIME concluye que:

"Se han detectado errores aritméticos y/o de transcripción en el PCAP que resulta necesario subsanar para que las EELL afectadas puedan proceder a adjudicar, formalizar o modificar sus contratos en condiciones y cuantías razonables y ajustadas al interés general de las respectivas Corporaciones locales.

Dicho errores, han sido justificados y motivados suficientemente a lo largo del presente informe y a los efectos que proceda, quedando sustanciados los mismos y proponiendo las modificaciones y cuantías que, en términos de equidad, serían aplicables para su corrección a satisfacción de las partes afectadas.

El cálculo y determinación de las cuantías propuestas figura detallado en el apartado segundo punto 3 del presente informe ascendiendo la PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LA BAJA DEL CONTRATO a un montante total de UN MILLÓN QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS DE EURO (1.556.582,50 €), IVA Excluido.

Por tanto, para dar continuidad y completar el procedimiento y a juicio de quien suscribe, procede ahora realizar la instrucción del mismo efectuando las actuaciones jurídicas adicionales oportunas y preceptivas para valorar, realizar y formalizar, en su caso, la MODIFICACIÓN DEL CONTRATO entre la Central de Contratación de la FEMPCLM y el ADJUDICATARIO en los términos propuestos en el presente informe y, una vez realizada ésta, de producirse, proceder a notificar a las EELL afectadas los nuevos datos, remitiéndoles nuevos documentos adaptados a las particularidades propias y específicas de cada una de ellas, todo ello a los efectos de adjudicación, formalización o modificación, en su caso, de sus respectivos contratos administrativos mixtos de suministros y servicios."

La Disposición transitoria primera de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) establece en su apartado 2), respecto de los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley (tal cual es el caso del Contrato Centralizado), 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".

Los errores referidos en el informe técnico indicado se han producido en el Contrato Centralizado licitado por la Central de Contratación de la FEMPCLM y de acuerdo a la normativa de aplicación, los Contratos Centralizados y los contratos basados podrán ser modificados de acuerdo con las reglas generales de modificación de los contratos, con la única limitación de que en los contratos derivados del Contrato Centralizado no se podrán introducir modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el Contrato Centralizado.

Segundo.- Del análisis del contenido del informe técnico se deduce que en los casos enunciados de las cinco EELL afectadas, dichos *"errores aritméticos"* y/o *"errores de transcripción"* quedarían encuadrados dentro de las posibles circunstancias que permitirían modificar el contrato y que se hallan contempladas en el apartado 1.a) del artículo 107 del TRLCSP, cuyo tenor literal indica:

"Artículo 107. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.

- 1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación <u>solo podrán</u> <u>efectuarse cuando se justifique suficientemente</u> la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato <u>debido a errores</u> u omisiones <u>padecidos</u> <u>en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas</u>.

(...)".

Tercero.- Los errores "aritméticos y/o de transcripción" referidos a lo largo del informe técnico que se me notifica y que han de corregirse, no pueden considerarse ni "modificaciones" de las referidas en la Cláusula 2.II. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), ni "modificaciones sustanciales" de las referidas en la Cláusula 11.11 del mismo PCAP, ya que no se ven afectados los derechos y obligaciones contemplados en los pliegos, ni las condiciones de ejecución del contrato, pues tan solo obedecen a la indicación, en dichos pliegos, de cuantías manifiestamente erróneas o indicaciones evidentemente equivocadas provocadas por el gran volumen de información y datos que en esta licitación se manejó. De igual forma, en el presente caso, no concurre ninguno de los impedimentos de modificación del contrato previstos en el artículo 105.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Sin embargo, y dado que se trata de errores "padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas" de los previstos en el TRLCSP, el Órgano de Contratación de la Central de Contratación de la FEMPCLM se encuentra habilitado para "introducir modificaciones no previstas", toda vez que concurren las causas establecidas en el artículo 105.1 del TRLCSP cuyo literal indica:

"Artículo 105. Supuestos.

- Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.
- 2. (...)"

Dado, por tanto, que tal y como se ve reflejado en el informe técnico se trata de errores tipificados en el artículo 107.1 a los efectos de resultar posible la modificación contractual no prevista en los pliegos, quedaría por definir si la modificación que se pretende se encuentra comprendida en alguno de los supuestos contemplados en los puntos 2 y 3 del mismo artículo el cual establece *"los limites"* que habrán de tenerse en cuenta para dicha modificación y cuyo literal indica que:

"Artículo 107. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.

- 2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo <u>no podrá</u> alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir <u>las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.</u>
- 3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, <u>se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos</u>:
- a) <u>Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada</u>.
- b) Cuando la modificación <u>altere la relación entre la prestación contratada y el precio</u>, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
- d) <u>Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.</u>

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

Respecto al supuesto del apartado d) anterior, el importe de la adjudicación realizada por la Central de Contratación de la FEMPCLM fue de 105.422.462,49 €, por lo que el 10% de dicho importe, susceptible de modificación contractual, ascendería a 10.542.246,25 €, cifra muy superior a los 1.556.582,50 € que se indican en el informe técnico como cuantía total a modificar fruto del sumatorio de las modificaciones propuestas para las cuatro EELL afectadas por los errores aritméticos detectados (inferior, por lo tanto, al 1,5% del total adjudicado por la Central de Contratación de la FEMPCLM).

Conforme se dice en el informe técnico de la FEMPCLM y en el informe remitido al efecto por la empresa que realizó las auditorías, CREARA, los errores ahora detectados responden a "errores aritméticos o materiales" (cuantificados económicamente) y/o "errores de transcripción" de la toma de datos de las auditorías energéticas realizadas previamente y, en todo caso, el importe global de la modificación contractual que se pretende no excede "en más o en menos" del 10% del precio de adjudicación del contrato, por lo que resultaría legalmente posible realizar la misma si no concurre ninguna otra causa impeditiva.

Estos errores representan un volumen económico muy poco significativo para el valor global del contrato que se licitó y, de hecho, ninguno de los más de 50 ayuntamientos participantes en el proyecto, ni los propios municipios implicados, ni los servicios técnicos de la FEMPCLM, ni ningún licitador de los que participaron en el contrato se percató de los mismos, ya que entre las abundantes aclaraciones al contenido de los pliegos que se realizaron, estos errores no aparecieron en ningún caso.

Por las razones expuestas anteriormente y de acuerdo a las informaciones que nos facilita la FEMPCLM tampoco concurre el caso del supuesto del apartado e) anterior, ya que la variación económica detectada en base a los errores citados no hubiera supuesto una mayor o menor concurrencia a la licitación, en opinión de quien suscribe y sin perjuicio de otras opiniones mejor fundadas.

Los errores detectados tienen efectos respecto al precio de los contratos derivados de los municipios a los que se refieren, pero entendemos también que dichos errores son claros y manifiestos y provocan situaciones claramente encuadrables en el artículo 107.1.a) del TRLCSP, por lo tanto, sin perjuicio de que se modifica la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación, que sería el supuesto de la letra b) anterior, entendemos que ello se refiere única y estrictamente al supuesto de hecho de los 5 contratos derivados del Contrato Centralizado licitado y que, por lo tanto, estando conformes los ayuntamientos implicados y el contratista adjudicatario, debe entenderse dicha modificación, en el contexto de la licitación global del contrato de la Central de Contratación de la FEMPCLM y no en el de los concretos contratos derivados pendientes de formalización, ya que suscribirlos sin corregir dichos errores

previamente sería contrario al interés público en juego y al que se perseguía con esta licitación.

Quinto.- La modificación queda suficientemente justificada, motivada y detallada en el informe técnico emitido, al que íntegramente me remito, tratándose de:

- a) Errores manifiestos en los documentos de base de la licitación ocasionados por el error de suma de costes y facilitación de datos de la propia administración implicada (caso de la redacción original errónea del documento complementario facilitado a la FEMPCLM, con carácter previo a la licitación, por las EELL de Barrax, Cabezarrubias del Puerto y Valverde de Júcar).
- b) Errores manifiestos de terceros en la redacción de una de las auditorías energéticas que sirvieron de base para la licitación (caso de los errores aritméticos cometidos en determinados sumatorios de costes de consumos energéticos incluidos en el informe de auditoría energética de Caudete y sus resúmenes, realizados por la UTE redactora de los mismos).
- c) Errores de transcripción de la propia FEMPCLM a las tablas de datos que formaron parte de la licitación (caso del traslado erróneo de datos oficiales facilitados por Pozuelo de Calatrava a los informes técnicos que sirvieron de base para la redacción de los pliegos).

Sexto.- En cumplimiento a lo previsto en el artículo 211.1 del TRLCSP, deberá darse audiencia al contratista (y en este caso, siendo un contrato centralizado, también se deberá dar audiencia en el expediente a las Administraciones locales que deberán formalizar los contratos derivados correspondientes a los casos en los que se han detectado los errores de transcripción o de cálculos erróneos) informándoles y dándoles traslado de la totalidad de circunstancias y errores producidos en relación con las cinco EELL objeto del presente informe, todo ello a los efectos de la posterior modificación, en su caso, del CONTRATO formalizado en su día con la Central de Contratación de la FEMPCLM (refiriéndonos a las EELL de Caudete, Barrax, Cabezarrubias del Puerto y Valverde de Júcar), así como de la corrección del contrato formalizado con la Entidad local de Pozuelo de Calatrava con fecha 27 de septiembre de 2019.

Séptimo.- De realizarse la modificación contractual indicada en los puntos anteriores entre la Central de Contratación de la FEMPCLM y el ADJUDICATARIO y producido el cambio de las cifras iniciales correspondientes a los importes de adjudicación del CONTRATO, procedería, a continuación, realizar la remisión, a las EELL afectadas, de nuevas notificaciones y modelos, en su caso, de los documentos remitidos formalmente en su día, todo ello a los efectos de notificación oficial de los datos actualizados así como de facilitar el trabajo de los departamentos de secretaría e intervención para proceder por parte de los respectivos Órganos de Contratación a la adjudicación, formalización o modificación de sus respectivos contratos administrativos mixtos de suministros y servicios. Ahora con los datos correctos.

Octavo.- Una vez que se acuerde formalmente por el Órgano de Contratación de la Central de Contratación de la FEMPCLM la modificación del CONTRATO formalizado en

su día, resultaría preceptiva la publicación de la misma tanto en el perfil de contratante de la Central de Contratación de la FEMPCLM como en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE).

Por lo tanto, tratándose de errores "padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas" es factible la modificación del CONTRATO por el Órgano de Contratación" de la Central de Contratación de la FEMPCLM, siempre que cada uno de los mencionados errores esté "suficientemente justificado", de acuerdo al contenido del informe técnico, de las cinco EELL referidas a lo largo del presente informe.

El Órgano de Contratación, una vez modificado el Contrato Centralizado adjudicado, sujeto a regulación armonizada, deberá publicar en el «Diario Oficial de la Unión Europea» el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta Ley, asimismo, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante de la Central de Contratación de la FEMPCLM en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el ADJUDICATARIO o los emitidos por el propio Órgano de Contratación.

Respecto a la información que debe figurar en los anuncios de modificación de un contrato durante su vigencia, entendemos que se debería hacer constar lo siguiente:

- 1. Nombre, número de identificación, dirección, incluido código NUTS, número de teléfono y de fax, y dirección electrónica y de internet del poder adjudicador y, en caso de ser diferente, del servicio del que pueda obtenerse información complementaria.
- 2. Códigos CPV.
- 3. Código NUTS del emplazamiento principal de las obras, en el caso de los contratos de obras, o código NUTS del lugar principal de entrega o de ejecución en los contratos de suministro y de servicios.
- 4. Descripción de la contratación antes y después de la modificación: naturaleza y alcance de las obras, naturaleza y cantidad o valor de los suministros, naturaleza y alcance de los servicios.
- 5. Cuando proceda, incremento de precio causado por la modificación.
- 6. Descripción de las circunstancias que han hecho necesaria la modificación.
- 7. Fecha de adjudicación del contrato.
- 8. Cuando proceda, nombre y dirección, incluido código NUTS, NIF, número de teléfono y fax, dirección electrónica y de internet del nuevo operador u operadores económicos.
- 9. Información sobre si el contrato está relacionado con un proyecto o programa financiado con fondos de la Unión.
- 10. Nombre y dirección del organismo de supervisión y del órgano responsable de los procedimientos de recurso y, en su caso, de mediación. Indicación del plazo de presentación de recursos o, en caso necesario, el nombre, la dirección, los números de teléfono y de fax y la dirección electrónica del servicio del que pueda obtenerse dicha información.

- 11. Fechas y referencias de publicaciones anteriores en el «Diario Oficial de la Unión Europea» relevantes para el contrato o los contratos que se den a conocer en el anuncio.
- 12. Fecha de envío del anuncio.
- 13. Si procede, otras informaciones.

Igualmente, entendemos que la citada modificación deberá comunicarse a los organismos públicos que legalmente corresponda, tales como el Registro de Contratos del Sector Público, a quien deberán comunicar, para su inscripción, las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, importe final y extinción de aquellos.

Asimismo, respecto a las obligaciones de comunicación de los contratos al Tribunal de Cuentas, también deberá tenerse presente, en su caso, la obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma las modificaciones y variaciones de precio y el importe final de los contratos que se hubieran comunicado previamente.

Es cuanto tengo que informar respecto a la modificación del Contrato Centralizado referido, salvo otra opinión mejor fundada en Derecho,

En Madrid, para Toledo, a 17 de febrero de 2020.

ICAM Nº 73859

Fdo.: José Ramón Lorenzo Gay.