

INFORME SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE NIWA.

INTRODUCCIÓN

En el Servicio Jurídico de la Fundación Leonardo Torres Quevedo (FLTQ) se ha recibido la consulta del Investigador Principal, perteneciente al Grupo de Ingeniería Geomática y Oceanográfica, del Departamento de Ciencias y Técnicas del Agua y Medioambiente de la Universidad de Cantabria, sobre la necesidad de ampliar el contrato con NIWA como consecuencia del aumento del contrato SAMOA-TONGA de 1,069M\$ a 1,369M\$, debiéndose destinar 106.268,73 \$ extra a NIWA como pago complementario a sus investigadores (cantidades que aparecen en la adenda del 20 de julio).

Efectuadas las consultas técnicas oportunas al Investigador Principal, citado referente a la subcontratación que se publicó en el perfil del contratante indica, que no se modifica el objeto del contrato con NIWA y que la ampliación del subcontrato es imprescindible para cumplir a su vez con el contrato firmado con The Pacific Community.

El Servicio Jurídico procede a la emisión del informe conforme a la consulta.

CONTRATACIÓN CON NIWA. HISTORIAL.

En el perfil del contratante de la FLTQ se encuentran las Instrucciones internas de contratación aprobadas por el Patronato del 30 de junio de 2014, de acuerdo con los principios de publicidad y transparencia, siendo de libre acceso las mismas. La referencia a la legislación de contratación pública, naturalmente será siempre a la legislación que esté en vigor en el momento de la contratación.

La FLTQ es una fundación de régimen jurídico privado, constituida el 12 de marzo de 1981, ante el Notario de Santander Don Antonio de Diego Miró, con número 336 de protocolo e inscrita en el Registro de Fundaciones del Gobierno de Cantabria con el Número HD 103.

La subcontratación efectuada con NIWA es de carácter jurídico privado, de acuerdo con la **Cláusula 2**, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, referente al régimen jurídico, regula lo siguiente: "El presente contrato tiene carácter de derecho privado. Las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en el correspondiente de prescripciones técnicas particulares. Para lo no previsto en los pliegos, el contrato se registrará por la Ley 9/20217, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Claramente las referencias efectuadas a la Ley de Contratos del Sector Publico, (LCSP), serán siempre referidas a los procedimientos, tipos de contratos, posición jurídica de la FLTQ y, en general, todas las vicisitudes de la vida del contrato. Pero considerando la legislación de la LCSP como complementaria de la legislación civil que es la legislación dominante en esta contratación, habida cuenta que la Fundación Leonardo Torres Quevedo es una fundación de régimen jurídico privado, no forma parte del Sector Público, ni es parte integrante de la Administración Pública.

Por otro lado, la Mesa de Contratación de la FLTQ está presidida por el Director Gerente de la FLTQ, quien, en virtud del artículo 20 de los estatutos FLTQ, tiene competencias y facultades de dirección, representación, administración y disposición que se otorgaron en el correspondiente apoderamiento, ante el Notario del Colegio de Cantabria, Don Emilio González Madroño Gutiérrez, número de protocolo 2.648, de fecha 11 de diciembre de 2019, estando inscritos en el Registro de Fundaciones.

Con fecha 26 de agosto de 2020, el Investigador responsable, solicitó que al amparo del artículo 83 de la LOU, se conceda autorización para la realización a través de la Fundación Leonardo Torres Quevedo, del siguiente trabajo de investigación: "IMPACT FORECASTING CONSULTANCY", con la entidad The Pacific Community (SPC).

Para la adecuada prestación de servicios a la entidad contratante SPC, el Investigador Principal, solicitó que procediésemos a la correspondiente licitación de servicios mediante el procedimiento abierto en el **Expediente: FLTQ.MC/2021/001**.

- Objeto y justificación del contrato Servicios de Asistencia en Tonga y Samoa.
- Presupuesto base de licitación sin impuestos: 166.000 Dólares USA.
- Valor estimado del contrato: 137.372,00 Euros.
- Tipo de Contrato: Servicios.
- Lugar de Ejecución: Islas FIJI.
- Procedimiento de contratación: Abierto ARTICULOS 156 y 318 de la LCSP.
- Fecha límite de entrega de proposiciones: miércoles 10 de marzo de 2021 a las 12:00 horas a.m. UTM+1.

En la fecha de cierre de la licitación, 10 de marzo de 2021, a las 12:00 horas, solo una empresa concurrió al procedimiento, respondiendo al anuncio publicado en el perfil del contratante de la FLTQ, de fecha 23 de febrero de 2021, que se detalla a continuación: **National Institute of Water & Atmospheric Research Ltd (NIWA), 10 Kyle Street Riccarton Christchurch New Zealand**.

Una vez constituida la Mesa de Contratación FLTQ se procedió a la apertura y lectura de los documentos PDF recibidos mediante correo electrónico, enviados por el licitador, dentro del plazo, referentes al anuncio publicado en el perfil del contratante del 23 de febrero de 2021. La Mesa de Contratación examinó la documentación administrativa, la oferta económica ofertada y se procedió al análisis técnico oportuno de la trayectoria de la empresa y de las mejoras propuestas. Dicho análisis fue efectuado por el Investigador responsable, valorando la oferta presentada de acuerdo con las necesidades del Grupo de Investigación de la UC para el mencionado trabajo.

El Investigador responsable explicó las razones para escoger a la empresa NIWA, recogidas en el Acta correspondiente y detalló las mejoras ofrecidas por la empresa NIWA, con la experiencia aportada por la empresa que asumía el transporte y montaje de las boyas, desde Nueva Zelanda hasta Samoa y Tonga. Además, la empresa NIWA ofrecía un kit de montaje como valor añadido.

La puntuación obtenida por National Institute of Water & Atmospheric Research Ltd (NIWA) contemplaba la valoración de los aspectos Técnicos con ochenta y cinco puntos y la oferta económica con ocho puntos. Así obtuvo un resultado de noventa y tres puntos. En atención a lo expuesto la Mesa de Contratación de la FLTQ adoptó el siguiente acuerdo:

ACUERDO: La Mesa de Contratación de la FLTQ una vez efectuado el análisis de la oferta presentada en el PROCEDIMIENTO ABIERTO, del Expediente: FLTQ.MC/2021/00, para la ejecución del contrato de servicios publicado en el Perfil del Contratante de la FLTQ: **Contracting assistance in developing an open source tsunami driven inundation forecast system for Tonga and Samoa, elige a la empresa National Institute of Water & Atmospheric Research Ltd (NIWA) para ejecutar el servicio solicitado por el precio total excluido GST de 147.213,00 euros. Dicha decisión se publicará en el perfil del contratante de la FLTQ y se le notificará a la empresa.**

Posteriormente, se firmó el contrato entre NIWA y la FLTQ, con fecha 1 de abril de 2021.

Con fecha 20 de julio de 2021 se firmó con SPC una Adenda que amplía el plazo de ejecución y finalizará el 31 de julio de 2022, por importe de 285.459,92 dólares USA, pasando la cantidad inicial de 1.069.195, 55 dólares USA a 1.364.655,47 dólares USA. Hay que indicar que SPC no ha sacado una nueva licitación. Se ha limitado a efectuar una modificación contractual consistente en una Adenda al contrato originario.

Para este aumento de la actividad, no previsto inicialmente, y siendo necesario para la adecuada prestación de servicios a The Pacific Community, el Investigador Principal solicita la ampliación del contrato con NIWA, por importe de 106.268,73 dólares USA como pago complementario a las labores de sus investigadores.

Aspectos jurídicos de la consulta.

La modificación del contrato es un mecanismo esencial en la vida de todo contrato en la medida en que, como señala la doctrina jurídica, los contratos son en su mayoría mecanismos incompletos que requieren adaptación. Los poderes públicos no pueden renunciar a este mecanismo por lo que la solución aparentemente más sencilla –su prohibición absoluta– no es posible ni beneficiosa al interés público.

En el estado actual de las cosas, con la LCSP de 2017, ya no es posible, a nuestro juicio defender posiciones categóricas donde el interés público se asocie exclusivamente con la correcta ejecución del contrato o con la protección de la licitación. El problema es bastante más complejo y la defensa del interés público, precisamente, consistirá en que la interpretación de la norma que sea capaz de ser sensible a la multitud de intereses legítimos en juego.

Por todo lo anterior, parece necesario entender la modificación de los contratos de manera que se encuentre un equilibrio entre los intereses en juego, siendo cuatro los principales bienes jurídicos que la regulación jurídico-contractual debe proteger: **los fondos públicos, el sistema de contratación, la relación contractual y la relación de la Administración con los ciudadanos.**

Examinando individualmente los bienes jurídicos a proteger en este caso concreto, se debe señalar que en relación a la **protección de los Fondos públicos** que las garantías procedimentales, tanto de la procedencia de los fondos propiamente dichos, como del procedimiento de licitación seguido por SPC y donde fue elegido el Grupo de Investigación de la UC para liderar este proyecto, gestionado por la FLTQ, han seguido los estándares internacionales de contratación.

En lo referente al **sistema de contratación** se han seguido por parte de la Fundación Leonardo Torres Quevedo los principios aplicables de contratación que se detallan a continuación, tal y como establece la Ley 9/2017.

Tanto el personal de la FLTQ como las empresas adjudicatarias de contratos públicos de ésta deben respetar los siguientes valores éticos y principios: PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, PRINCIPIO DE EFICIENCIA EN EL GASTO PÚBLICO, PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO, PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Completándose con el principio de publicidad, garantía de conocimiento general.

En lo referente a la relación contractual con NIWA, se ha garantizado en el procedimiento de búsqueda de la empresa colaboradora que, de acuerdo a su historial, pueda ser la más adecuada

para prestar el servicio solicitado, tal como quedó expresado en la licitación, de acuerdo con las indicaciones del Investigador Principal. Esto nos inclina a pensar que la continuación de la colaboración mediante la modificación del contrato, ampliando sus servicios es la opción más viable y ventajosa para el interés público.

El último punto sobre relación de la Administración con los ciudadanos, aunque la FLTQ no es parte de la Administración pública, se sitúa en esta licitación, mediante una ficción jurídica, en una posición jurídica similar a la Administración, publicando en el Perfil del Contratante las modificaciones contractuales que se precisen, para general conocimiento. Siendo esta publicidad general conocimiento, garantía suficiente para que cualquier tercero que se sienta perjudicado puede impugnar la decisión de la Mesa de Contratación.

Continuando con este análisis jurídico el situar a la licitación, como centro de gravedad del sistema tal como se desprende del análisis de la LCSP, trae consecuencias, algunas de ellas de gran importancia. El hecho de repetir la licitación, por no entender el carácter acumulativo de las cantidades citadas que limitan la modificación de los contratos reguladas en los artículos 204 y 205 de la LCSP, por otra cantidad, no sería necesariamente más transparente, habida cuenta de que se trata de labores similares, siendo el mismo objeto de contrato, pudiéndose interpretar como una división o fraccionamiento en lotes, con la finalidad de vulnerar el espíritu de la Ley.

Primero, la presente modificación contractual propuesta, sobre la base del Interés Público, se basa con el legítimo principio jurídico de conservación de los actos y de los contratos, aceptando las modificaciones o novaciones necesarias para la subsistencia del contrato, tal como se regula en el artículo 51 de la LRJ y PAC, que ordena la conservación de las actuaciones administrativas sometidas a impugnación o revisión cuando no están afectadas por la nulidad del acto o el trámite que se impugna o revisa.

El ámbito civil, preminente en este asunto, dado el carácter jurídico privado de la presente licitación hace del principio de conservación del negocio jurídico un Principio general, conforme al cual se ha de salvaguardar la voluntad negocial de las partes. Para manifestaciones de ese principio, véanse los artículos 1100, 1155, 1259, 1284, 1301 y 1309 a 1313 del Código Civil.

En segundo lugar, la normativa contractual supone dar gran importancia a la redacción de los pliegos y a la interpretación de las cláusulas. Es decir, que el Derecho civil cobrará especial importancia en la contratación pública, y la redacción e interpretación de cláusulas es fundamental en este contrato, dimanante del Pliego de Condiciones.

En nuestro caso, en el Pliego de Cláusulas administrativas particulares publicado en el Perfil del Contratante que ha de regir el contrato de servicios de asistencia dentro del convenio "IMPACT FORECASTING CONSULTANS SERVICES FOR THE PACIFIC COMMUNITY" está recogido en la **cláusula 23**, lo siguiente: "La Mesa de Contratación podrá acordar, una vez perfeccionado el contrato y por razones de interés público, las modificaciones oportunas, justificándolo debidamente en el expediente".

Tercero, con un nuevo proceso de licitación se produce una quiebra del principio de relatividad del contrato, en la medida en que los efectos internos del contrato ya no sólo afectarán a las partes, sino que los terceros podrán ver su esfera jurídica dañada por la modificación llevada a cabo en un contrato de cuya licitación fueron apartados o, simplemente no les interesaba concurrir en esas condiciones. Si se aceptase una nueva licitación, pero los trabajos están realizados y pagados los servicios a NIWA, significaría la imposibilidad de concurrir para otras empresas. Estaríamos falseando la competencia. La modificación irregular hará surgir cuanto

menos su derecho a la acción de tercero e, incluso, el derecho a la indemnización pertinente. En el presente caso que analizamos, no se producen daños a terceros debido a que solo se presentó un candidato, la empresa NIWA, que era la única que podía cumplir los requisitos exigidos en el perfil. La modificación posterior planteada no altera esta situación de libre concurrencia, dado que no se dispone de información de otras empresas, tampoco se conocen empresas de características similares que pudieren concurrir libremente a la oferta publicada en el Perfil y prestar adecuadamente el servicio en el Océano Pacífico. Se entiende que la novación del contrato es la vía adecuada. Eso sí, complementada por la publicación en el perfil del contratante del presente informe y del informe del Investigador Principal.

En cuarto lugar, no cabe hablar en este caso de «modificaciones impropias del contrato», que parecen señalar un fin, pero que en la práctica se usan para perseguir otros fines distintos de los declarados. La modificación del contrato solicitada por el Investigador Principal, de las condiciones contractuales, inicialmente acordadas, durante la ejecución del contrato en vigor, no produce la variación del objeto del contrato, ni persigue fines distintos del interés público.

LA CLÁUSULA DE CIERRE: EL RECURSO ESPECIAL. GARANTÍA DE TERCEROS

La nueva regulación de las modificaciones contractuales incluye, también, la posibilidad de recurrir las modificaciones, de conformidad con el **artículo 44.2 d) de la LCSP** que regula el Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles.

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. como cláusula de cierre, a través del recurso especial en materia de contratos.”

El legislador ha querido abordar con más intensidad la regulación de todos los supuestos, como demuestra la interpretación que subsume la antigua existencia de los contratos complementarios en el artículo 205 cuando contempla la figura de las prestaciones adicionales. La intensidad regulatoria se une a esta última medida de control, a través del recurso especial. La transposición de las directivas europeas en el ámbito de los contratos modificados se ha realizado, por tanto, con éxito.

MUTUO ACUERDO COMO SOLUCIÓN.

Poco importa la manera de modificar el contrato siendo lo relevante que esa modificación esté sujeta a supervisión y control, tanto interno como externo. En ese mismo sentido, opina el gran

Jurista Santiago Muñoz Machado, 2006. En todo caso, la aceptación del mutuo acuerdo no es pacífica.

En La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) se procede abordar el contenido sobre la modificación de los contratos, puesto que los denominados “modificados” constituyen una práctica habitual y necesaria en la contratación pública, como los artículos 20 a 23, 63, 153, 191, 207, 213.6., pero no regula expresamente el supuesto presente de la FLTQ, un ente que no es parte de la Administración Pública, de régimen jurídico privado, que no está ubicado en el Sector Público estatal, autonómico, ni local.

La Directiva europea de 2014, otorga flexibilidad, permisividad incluso, de manera que se ha respetado enormemente el equilibrio entre regulación y eficiencia.

El régimen de contratación de la LCSP de 2017 redactado conforme a esa Directiva, indica que cuando se haya producido una modificación contraria al ordenamiento, habrá que examinar qué régimen de invalidez le es aplicable. Si se trata de una modificación que vulnere las «circunstancias y requisitos» exigidos en los artículos 204 y 205 LCSP, estaremos ante una causa de anulabilidad del contrato inicial, aplicándose el régimen específicamente previsto en la LCSP –que parece exigir esa declaración de anulabilidad del contrato. Si se trata de una modificación inválida por cualquier otro motivo (por ejemplo, por no haberse seguido el procedimiento) la modificación se anula y habrá que examinar el impacto de esa decisión en el contrato y preguntarse si el contrato puede seguir subsistiendo sin la modificación. Si no es materialmente posible habrá que resolver el contrato.

Evidentemente, en nuestro caso, no hay una modificación contractual contraria al ordenamiento jurídico, en virtud de la capacidad de régimen jurídico privado que otorga a la FLTQ la capacidad de modificar el contrato de mutuo acuerdo con la anuencia y acuerdo del contratista.

Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153, que se refiere a la formalización de los contratos con carácter general y deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 sobre el perfil del contratante. La formalización, como en el resto de los casos, implica documento administrativo y la posibilidad de elevarlo a escritura pública. Además, no podrá procederse a la ejecución de la modificación de manera previa a tal formalización. El artículo 207 contiene las especialidades procedimentales para los modificados, respecto del artículo 191. Se deja, por tanto, un margen de libertad al diseño y procedimiento de modificación. En el caso de la aplicación del artículo 205, se exige audiencia previa al redactor del proyecto o especificaciones técnicas. El artículo 207, de nuevo, recalca las obligaciones de publicidad.

Finalmente, el artículo 206 regula la obligatoriedad de las modificaciones. Como determina el artículo 190, el órgano de contratación, en el caso de la FLTQ la Mesa de Contratación, tiene la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público. En concreto, en los supuestos de modificación del contrato recogidos en el artículo 205, Cuando la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo. Si no se obtiene la conformidad, el contrato está abocado a su resolución, resolviéndose de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211, que dispone la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no es posible dar lugar a las modificaciones de los artículos 204 y 205; la resolución es acordada por el órgano de contratación de oficio, en un expediente cuya duración máxima ha de ser ocho meses, de conformidad con el artículo 212.

En la presente modificación contractual se han observado todas las prescripciones del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que rigen el contrato de asistencia dentro del convenio de lo que no cabe duda, analizada la regulación, es que la LCSP no se aparta de la máxima contractual del Código Civil de que el precio es un elemento objetivo del contrato que ha de ser cierto, determinado o determinable.

Es importante señalar que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

En esta mención surge la duda de si esta modificación imprevista puede acumularse a una prevista del artículo 204 y superar el 50% del precio inicial. Entendemos que está en vigor el principio jurídico contenido en el Código Civil que expresa que "Lo que no está prohibido expresamente, está permitido." Por consiguiente, se pueden acumular ambos límites.

El contenido "sustancial" es, sin duda, aquel que afecta directamente a los elementos esenciales del contrato: sujeto, precio y objeto. De manera tal, que este pierda su carácter reconocible porque se cambien las condiciones que han determinado cualquiera de los tres elementos.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, el Servicio Jurídico de la FLTQ, parte integrante de la Mesa de contratación de la FLTQ, entiende:

1. Que resulta jurídicamente posible, utilizar el instituto jurídico de la novación mediante la modificación del contrato con NIWA objeto de la consulta, por mutuo acuerdo, basado en el principio de libertad de pactos. En uso del IUS VARIANDI, significa literalmente 'derecho de modificar' privilegio de la Administración que le permite modificar, invocando razones de interés público, las condiciones no esenciales de un contrato mientras están siendo ejecutado por el contratista y aunque la modificación no estuviera prevista en el pliego. Véase (STS, 3.ª, 25-XI-2011, rec. 5951/2010). Todo ello con el acuerdo del contratista reflejado en una Adenda. En uso de la cláusula 23 del Pliego de condiciones, donde se dice lo siguiente: "La Mesa de Contratación podrá acordar, una vez perfeccionado el contrato y por razones de interés público, las modificaciones oportunas, justificándolo debidamente en el expediente.
2. Que tal posibilidad se ajusta a los límites resultantes de los criterios y bases que motivaron la adjudicación a NIWA en la licitación publicada en la WEB de la FLTQ, de forma que no se vean alteradas sustancialmente las condiciones de Licitación, evitándose posibles perjuicios al resto de eventuales licitadores, garantizando con la publicidad en la WEB, la protección del interés público.
3. Habiendo finalizado el contrato inicial, si se escogiese efectuarse una nueva licitación, habida cuenta que ya no se desharía el contrato inicial, con NIWA, se habría impedido concurrir a otras empresas por la totalidad del contrato, alterando la libre competencia. El contrato celebrado con NIWA ha sido correcto, no hay motivos de impugnación. Parece adecuado por el principio de conservación de los actos y contratos, continuar con el presente procedimiento, mediante su modificación.

El adecuado cumplimiento de los trabajos acordados, dentro del plazo pactado con SPC, en la Adenda firmada en julio de 2021, contando con las especiales circunstancias de la ejecución de la subcontratación que pueden dificultar el cumplimiento del contrato con SPC, la forma jurídica empleada para garantizar el cumplimiento del contrato con SPC, del que depende el contrato

con NIWA, nos llevan a afirmar que el procedimiento escogido de modificación garantiza el interés público.

4. Si hubiere un tercero perjudicado presuntamente, tiene la opción del recurso especial para la defensa de sus intereses. Garantizando de este modo la protección del interés público.

Lo que se expone, siempre sometido a otro dictamen mejor fundado en Derecho.



Servicio Jurídico de la FLTQ.

En Santander, a 9 de febrero de 2022.

