TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 19 64 – 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarrra.es

Expediente: 42/2020

ACUERDO 56/2020, de 23 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don A. J. J. V., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN UMETXEA SANDUZELAI, contra la Resolución de la Concejalía Delegada de Servicios Sociales, Acción Comunitaria y Deporte del Ayuntamiento de Pamplona, de 5 de junio de 2020, por la que se modifica el contrato de "*Gestión del Servicio de Acción Preventiva Comunitaria del barrio de San Jorge*", y contra el requerimiento de su cumplimiento de 12 de junio de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de julio de 2019, el Ayuntamiento de Pamplona publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de "*Gestión del Servicio de Acción Preventiva Comunitaria del barrio de San Jorge*".

SEGUNDO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona de 18 de diciembre de 2019, se adjudicó dicho contrato a la ASOCIACIÓN UMETXEA SANDUZELAIN.

TERCERO.- Por Resolución de la Concejalía Delegada de Servicios Sociales, Acción Comunitaria y Deporte del Ayuntamiento de Pamplona, de 5 de junio de 2020, se modificó dicho contrato mediante expediente de emergencia, al objeto de adaptar su ejecución "*a las circunstancias derivadas de la crisis sanitaria y a las nuevas medidas de higiene y prevención necesarias, tanto en el contenido del proyecto de actividades para el verano, como su lugar de ejecución*".

La modificación se produce en los siguientes términos:

"A.- Las actividades de verano del Servicio de Acción Preventiva Comunitaria del barrio de San Jorge se enmarcarán en las actividades de conciliación que con la denominación "Colonias Urbanas Municipales" desarrollará el Ayuntamiento de Pamplona entre el 1 de julio y el 31 de agosto en distintos centros educativos municipales.

B.- El personal técnico de los Servicios de Acción Preventiva Comunitaria, tendrá en su jornada un 75% dedicado al apoyo y coordinación del monitorado y las actividades y las labores administrativas necesarias para el correcto desarrollo de las actividades y un 25% dedicado a tareas de apoyo, coordinación y seguimiento.

C.- Las actividades se agruparán en espacios de interés que podrán ir variando según necesidades y que inicialmente se centrarán en: apoyo escolar, actividad física y deporte, juego, participación, ciudadanía y servicio ó educación ambiental.

D.- En todo momento el desarrollo del contrato se efectuará atendiendo a las instrucciones y directrices que sean establecidas desde la dirección de Acción Comunitaria, Cooperación al Desarrollo y Deporte."

La vigencia de esta modificación comprende desde el 9 de junio al 31 de agosto de 2020.

Se advierte, asimismo, que "*una vez ejecutadas estas actuaciones, se procederá a la elaboración y aprobación del expediente en los términos del art. 140.1.b) LFCP*".

Igualmente, mediante oficio de la Directora del Área de Servicios Sociales, Acción Comunitaria y Deporte del Ayuntamiento de Pamplona, de 12 de junio de 2020, tras dar cuenta de un escrito remitido por la contratista en idéntica fecha, se requiere a dicha entidad lo siguiente:

"1.- El inmediato cese de las actividades objeto del contrato que no respondan estrictamente a la modificación aprobada por el Ayuntamiento.

2.- El inmediato cese de los contactos con los "230 niñas, niños y adolescentes participantes en los grupos del SAPC".

3.- El inmediato cese de la utilización de los bienes adscritos al servicio para fines ajenos a la modificación aprobada por el Ayuntamiento."

CUARTO.- Con fecha 17 de junio de 2020, don A. J. J. V. interpuso, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN UMETXEA SANDUZELAIN, una reclamación especial en materia de contratación pública contra la Resolución de la Concejalía Delegada de Servicios Sociales, Acción Comunitaria y Deporte del Ayuntamiento de Pamplona, de 5 de junio de 2020, por la que se modifica el contrato de "*Gestión del Servicio de Acción Preventiva Comunitaria del barrio de San Jorge*", y contra el requerimiento de su cumplimiento de 12 de junio de 2020.

Realiza la reclamante una exposición de los antecedentes del caso, transcribiendo parcialmente diversas cláusulas del pliego regulador del contrato. Señala, a continuación, que ostenta legitimación para interponer la reclamación, así como que la misma se ha interpuesto en tiempo y forma, debiendo ser admitida conforme a la doctrina contenida en la Resolución 102/2017, de 27 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Formula, a continuación, las siguientes alegaciones:

1º. Que la modificación operada excede la habilitación legal prevista en el artículo 15 de la Ley Foral 6/2020, de 6 de abril, por la que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19), ya que no deriva de la necesidad de adaptar la actividad objeto del contrato a las necesidades devenidas de la crisis sanitaria, infringiéndose asimismo el artículo 140 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP).

2º. Que el contrato puede ser cumplido en su integridad, como se justifica en el informe aportado como documento nº 10, atendiendo a las condiciones establecidas en las Órdenes Forales 157/2020, de 5 de mayo, y 158/2020, de 6 de mayo, de la Consejera de Derechos Sociales, así como al artículo 43 de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, siendo así que "*la única adaptación necesaria para la ejecución del contrato adjudicado es la consistente en mantener la condiciones debidas de seguridad, limpieza e higiene, lo cual es perfectamente posible sin necesidad de acudir a la modificación del contrato pretendida por el Ayuntamiento*".

3º. Que el citado Ayuntamiento pudo licitar en expediente o procedimiento aparte el servicio de conciliación familiar como lo han hecho otras entidades de derecho público al disponer de los procedimientos de contratación por urgencia e, incluso, de una línea de ayudas acordada por el Gobierno de Navarra desde el 12 de mayo de 2020. Se señala, a este respecto, que el servicio de conciliación no es de nueva construcción, sino que el Ayuntamiento de Pamplona ya lo ha realizado en años anteriores con independencia de las funciones y actividades y del contrato del SAPC, siendo licitado con otras entidades.

4º. Que se produce una infracción flagrante del artículo 114 de la LFCP, así como del artículo 2.7 de la Ley Foral 7/2020, de 6 de abril, por la que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19), causándose una situación de desequilibrio contractual que la reclamante no tiene el deber jurídico de soportar.

5º. Que se produce una clara situación de desviación de poder e infracción del ordenamiento jurídico con causa de anulabilidad del artículo 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, concurriendo igualmente la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.g) de la misma ley en relación con el artículo 114 de la LFCP, dado que lo que se pretende es la modificación sustancial del contrato, ya que se adoptan "*medidas que modifican el contrato adjudicado en más del 50% de su contenido y precio (…)*".

6º. Que la modificación se basa en un proyecto no desarrollado ni terminado, "*que se lanza prácticamente a la Asociación como si de una labor de asistencia no contratada fuera la concreción de las actividades*", así como que el requerimiento notificado el 12 de junio de 2020, que también es objeto de reclamación, "*no pormenoriza más las condiciones de cumplimiento de la modificación operada causando a la Asociación una verdadera situación de indefensión*".

7º. Que la modificación recurrida "*le conllevará una situación de no poder llevar a cabo el servicio público de acción preventiva comunitaria de barrio demandada en los términos del propio Contrato por lo que se halla en riesgo de no poder cumplir el citado contrato en la parte no modificada*".

Señala, finalmente, que la interposición de la reclamación conlleva el efecto suspensivo de la tramitación establecido en el artículo 124.4 de la LFCP. Sin embargo, pese a dicha afirmación, solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del acto impugnado, al amparo del artículo 125 de la LFCP, por los motivos que expone.

Solicita, por todo ello, la anulación de los actos recurridos y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su emisión "*con condena al Ayuntamiento de Pamplona a restablecer a mi representada en el cumplimiento de las obligaciones contractuales devenidas del contrato (…) condenándole a llevar a cabo el cumplimiento de todas sus obligaciones en cuanto a la puesta a disposición de todos los medios personales y materiales para permitir su cumplimiento en los términos*" previstos en sus pliegos reguladores.

QUINTO.- Con fecha 22 de junio de 2020, el Ayuntamiento de Pamplona aportó el expediente administrativo y un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, dando con ello cumplimiento a los artículos 125.3 y 126.4 de la LFCP.

Comienza el citado Ayuntamiento realizando diversas consideraciones sobre el contenido de los pliegos reguladores del contrato modificado, señalando que la

reclamante realiza una "*transcripción fraudulenta*" del mismo con la pretensión de introducir confusión sobre su objeto, así como para fundamentar su tesis "*de la importancia excepcional de su labor y de los perjuicios derivados de la modificación*".

Formula, posteriormente, las siguientes alegaciones:

1º. Señala, en primer lugar, que la reclamación debe ser inadmitida por los motivos que expone.

2º. Subsidiariamente, señala que la reclamación debe ser desestimada, así como "*que, reiterando en parte lo dicho en el fundamento anterior, la valoración por el Tribunal de este acto de emergencia conlleva la indefensión del Ayuntamiento de Pamplona, al tener el Tribunal que atenerse a los trámites desarrollados, y siendo éstos de índole menor y no los definitivos que han de elaborarse posteriormente, conforme al artículo 143 LFCP y tal y como expresamente se recoge en el informe jurídico obrante en el expediente.*"

Expone, a continuación, los siguientes argumentos que, a entender del citado Ayuntamiento, deben conllevar la desestimación de la reclamación interpuesta:

1. "*La imputada indebida aplicación del procedimiento de emergencia*".

La Ley Foral 6/2020 ha impuesto el procedimiento de emergencia si concurren las circunstancias que prevé, siendo así que la presente modificación es consecuencia directa de las medidas adoptadas por el Gobierno de Navarra para hacer frente al COVID-19, conforme a las Órdenes Forales 132/2020 y 158/2020.

Señala, a este respecto, que la contratista pretende desarrollar actividades que no están autorizadas por el Gobierno de Navarra, tales como "talleres" y "encuentros con las familias y acompañamientos al hogar", así como que "*ante esta tesitura, cabe no rehabilitar completamente el contrato o modificarlo para, eliminando esas actividades, potenciar las otras incluidas en el objeto del contrato (centros de verano), adecuando*

además su prestación a las medidas de preservación de contagios, de tal manera que se desarrollen no en los Centros Comunitarios, que son locales cerrados, sino en los patios de los Colegios Públicos".

2º. "*La inexistente modificación sustancial del contrato*".

Alega que la modificación está prevista en el propio pliego, ya que cabe la modificación del contrato para la ampliación de actividades de verano y periodos vacacionales (apartado S del cuadro de condiciones particulares).

Señala que el acuerdo de modificación del contrato no modifica el precio del contrato, no habiéndose acreditado por el contratista que la modificación comporte alteración del precio. Asimismo, aunque hubiera modificación del precio, el artículo 2.7 de la Ley Foral 7/2020 demora a un momento posterior la aprobación de los precios, siendo los provisionales obligatorios para el contratista.

Igualmente, manifiesta que no hay modificación del objeto del contrato, ya que esta "*se circunscribe a eliminar varias actividades, por imperativo del COVID-19, y a, correlativamente, desarrollar en mayor amplitud otras de las incluidas en el objeto del contrato (Centro de verano)*", así como que la conciliación se añade como un contenido adicional, derivado también de las nuevas necesidades de las familias como consecuencia del COVID-19.

Señala que no hay modificación "*en cuanto a la unidad de prestación, el barrio, sino que el propio Pliego prevé la superación de sus límites*". A este respecto, manifiesta que esta "*salida del barrio"* está prevista en los pliegos y que no se da ninguna desvinculación con este porque de ellos surgen los niños a través del SAPC. Asimismo, argumenta que "*la edición en 4 espacios (Colegios públicos), en vez de en cada uno de los 8 Centros Comunitarios no es caprichosa, sino que se fundamenta en la necesidad de que desarrolle en entornos abierto (…). Pero tampoco quedan desvinculados de los barrios porque como recoge el proyecto cada uno de los 4 Colegios acogerá a barrios concretos: (…).*"

Por último, señala que no se impide la prestación de la acción preventiva, lo cual se alega por la reclamante pero no se demuestra, desvirtuándose esta afirmación fácilmente "*si vemos que la modificación es, en realidad y sobre lo por ella ofertado, el incremento del ámbito temporal del Centro de Verano (en la oferta del 3 al 28 de agosto y en la modificación del 1 de julio al 31 de agosto), así como su realización al aire libre en 4 ubicaciones, no 8, y ello como consecuencia de que no se pueden realizar otras actividades por efecto de la OF 158/2020.*"

Finaliza señalando que, "*además, en el propio texto del acuerdo de modificación se explicita que no todo el tiempo del personal será dedicado al Centro de Verano, dado que a éste se dedica un 75% (apoyo y coordinación del monitorado y labores administrativas necesarias para el correcto desarrollo de las actividades) y un 25% a las labores del SAPC de apoyo, coordinación y seguimiento.*"

Considera que debe inadmitirse la solicitud de adopción de la medida cautelar, y que, subsidiariamente, debe desestimarse.

Con fecha 23 de junio, el Ayuntamiento de Pamplona presentó un nuevo escrito en el que modifica el suplico de la contestación a la petición de medida cautelar.

SEXTO.- Por el Acuerdo 44/2020, de 26 de junio, de este Tribunal, se estimó la solicitud de medida cautelar, consistente en la suspensión del acto recurrido.

SÉPTIMO.- Con fecha 29 de junio de 2020, el Ayuntamiento de Pamplona ha presentado un nuevo escrito de alegaciones, amparándose para ello en el artículo 76 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

OCTAVO.- Finalmente, con fecha 1 de julio de 2020, la entidad reclamante ha presentado un nuevo escrito en el que formula, a su vez, nuevas alegaciones, considerando que las mismas proceden "*a fin de guardar la debida garantía de*

contradicción en el expediente", y por no haberse realizado el trámite del artículo 126.5 de la LFCP.

En dicho escrito, además, se da cuenta de los procedimientos de imposición de penalidades que se han incoado por el Ayuntamiento de Pamplona, y se solicita el emplazamiento de la Junta de Gobierno y del Pleno del Ayuntamiento, así como de la Unidad de Barrio, para que puedan formular alegaciones conforme al artículo 126.5 de la LFCP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Pamplona se encuentra sometido a la LFCP conforme a lo previsto en su artículo 4.1 c).

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 123.1 y 124.3.e) de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.d) de la LFCP.

Respecto a la interposición de la reclamación dentro de plazo, cabe señalar que el Acuerdo 44/2020, de 26 de junio, de este Tribunal, por el que se estimó la solicitud de medida cautelar formulada por la reclamante, ya decidió acerca de la misma, como condición previa al examen de la petición de la medida cautelar.

A este respecto, y ante la solicitud de inadmisión del Ayuntamiento, se señaló que la reclamación debía admitirse a trámite, dado que posponer su presentación a la publicación de la modificación en el Portal de Contratación podría conllevar que su resolución careciera de efectos prácticos.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en el motivo previsto en el artículo 124.3 e) de la LFCP: "*Las modificaciones de contratos que se realicen con infracción de los preceptos de esta ley foral, estén previstas o no en el contrato inicial, por considerar que debieron ser objeto de licitación*".

QUINTO.- Este Tribunal, en su reciente Acuerdo 53/2020, de 16 de julio, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la legalidad de la modificación contractual objeto de impugnación, en relación a otra reclamante y a otro contrato de servicios de igual objeto que el que nos ocupa, con iguales motivos de impugnación; modificación concretada en el mismo proyecto "Colonias Urbanas Municipales" que sustenta la que ahora nos ocupa y basada en los mismos informes municipales que justifican ésta. Doctrina que, por tal identidad, es de plena aplicación a la resolución de la presente reclamación.

Con carácter previo al análisis y resolución de las cuestiones de fondo planteadas, debemos pronunciarnos, como ya hicimos en el Acuerdo citado, sobre dos cuestiones procedimentales, a saber, por un lado, la improcedencia de admitir los escritos de alegaciones presentados por las partes más allá de los trámites y plazos habilitados para ello conforme a la regulación que contiene la LFCP en relación con el procedimiento para la interposición, tramitación y resolución de la reclamación especial en materia de contratación pública; y por otro, la inadmisibilidad de la acción ejercitada en relación con el requerimiento efectuado a la reclamante, con fecha 12 de junio de 2020.

Respecto a la primera de las cuestiones, en nuestro Acuerdo 36/2020, de 10 de junio, señalamos la improcedencia de admitir y, por ende, tener en cuenta a la hora de resolver, las alegaciones complementarias presentadas fuera de los trámites y plazos que para cada una de las partes regula la LFCP, salvedad hecha de aquellos supuestos en que ello derive de la complejidad del asunto o del conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo correspondiente. Circunstancias que no concurren en el caso concreto que nos ocupa, toda vez que el escrito de alegaciones complementarias presentado por el Ayuntamiento se limita a cuestionar la medida

cautelar ya adoptada y a ampliar las alegaciones en defensa de la legalidad del acto impugnado, que bien pudo efectuar en su informe inicial, no refiriéndose, en ningún caso, a hechos nuevos que pudieran justificar su aportación; motivo por el cual deben considerarse extemporáneas, por lo que no van a ser tenidas en cuenta por este Tribunal en la resolución de la reclamación interpuesta. Consideraciones que cabe realizar, igualmente, del escrito de alegaciones presentado por la reclamante, toda vez que el mismo tiene por finalidad responder a las últimas alegaciones formuladas por el Ayuntamiento, y sus anexos ni siquiera van dirigidos a este Tribunal.

Respecto a la segunda de las cuestiones referidas, cabe recordar que el artículo 122.2 LFCP dispone que *"Son susceptibles de impugnación, los pliegos de contratación, los actos de trámite o definitivos que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas, los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a esta ley foral en un procedimiento de adjudicación, los acuerdos de rescate de concesiones y, en tanto que puedan ser actos de adjudicación ilegales, un encargo a un ente instrumental o la modificación de un contrato"*. Enumerando el artículo 124.3 del mismo texto legal los motivos tasados en los que, exclusivamente, cabe fundar la reclamación especial, indicando, en lo que ahora interesa, en su apartado e) *"Las modificaciones de contratos que se realicen con infracción de los preceptos de esta ley foral, estén previstas o no en el contrato inicial, por considerar que debieron ser objeto de licitación. En este caso, ostentarán legitimación activa para reclamar únicamente las personas que hayan sido admitidas a la licitación del contrato inicial"*.

Sentado lo anterior, el requerimiento efectuado con fecha 12 de junio de 2020, impugnado por la reclamante, no es sino una intimación dirigida al adjudicatario del contrato al que se contrae la modificación a los efectos de que dé cumplimiento a ésta, y, por lo tanto, está excluido del control que este Tribunal puede verificar sobre la legalidad de las modificaciones contractuales.

En consecuencia, procede declarar la inadmisión de la reclamación frente al citado requerimiento, por tratarse de un acto no susceptible de impugnación a través de esta concreta vía; quedando así ceñida la misma a la Resolución de la Concejalía de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Pamplona de fecha 5 de junio de 2020 en cuya

virtud tiene lugar la modificación del contrato para la gestión del servicio de acción preventiva comunitaria del barrio de San Jorge, disponiéndose que las actividades de verano del citado servicio se enmarquen en las actividades de conciliación denominadas "Colonias Urbanas Municipales", a desarrollar entre el 1 de julio y el 31 de agosto de 2020 en distintos centros educativos municipales.

SEXTO.- Debe adelantarse, en cuanto al fondo, la estimación de la reclamación especial interpuesta, en línea con lo resuelto en nuestro Acuerdo 53/2020, de 16 de julio, a la vista de las identidades apreciadas en relación con el objeto y defensa de las partes en ambos procedimientos de reclamación. Tratándose, en este caso, de idéntico contrato de "Gestión del Servicio de Acción Preventiva Comunitaria", si bien a desarrollar en el barrio de San Jorge; siendo iguales también, como se ha dicho, los términos de la modificación contractual aprobada por el Ayuntamiento, referida, en este caso, a la sustitución de la actividad de "Centro de Verano" - dirigida a niños y niñas del citado ámbito territorial, de entre 5 y 13 años - ofertada por la adjudicataria dentro del programa socioeducativo, por la actividad correspondiente a "Colonias Urbanas".

En consecuencia, atendiendo a razones de seguridad jurídica y para mantener el principio de unidad de doctrina procede estar a lo allí declarado, en doctrina que es de plena aplicación al caso mutatis mutandi, y que ahora reproducimos:

"(…) Con carácter previo al análisis de la cuestión sometida a la consideración de este Tribunal – a saber, la legalidad de la citada modificación contractual – interesa, a la vista de las manifestaciones realizadas por las partes, contextualizar la misma en el marco de la crisis sanitaria derivada del COVID – 19 y de su incidencia en el ámbito de la contratación pública, toda vez que su afección directa a la ejecución de contratos públicos ha derivado en distintas habilitaciones normativas dirigidas a paliar, en la medida de lo posible, los perjuicios inherentes a tal situación extraordinaria.

En este sentido, la modificación operada consiste en el cambio o sustitución de la actividad "centro de verano", a desarrollar por la adjudicataria en el periodo comprendido entre los días 3 y 28 de agosto, por el desarrollo, en un entorno abierto,

de las colonias urbanas municipales, con un mayor plazo de duración que abarca del 1 de julio al 31 de agosto; motivada en la imposibilidad de que la adjudicataria pueda desarrollar, en la situación sanitaria actual, talleres e interacciones grupales. Indicando, al respecto la entidad contratante, que dicha modificación viene impuesta por las medidas adoptadas por Gobierno de Navarra, mediante Órdenes Forales 132/2020 y 158 /2020, de la Consejera de Derechos Sociales, así como para paliar las consecuencias del confinamiento y evitar actividades con riesgo sanitario.

La Ley Foral 6/2020, de 6 de abril, por la que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19) – invocada por la entidad contratante como marco legal habilitante de la modificación contractual objeto de impugnación –en su artículo 15, relativo a "Medidas en el ámbito de la contratación pública y encargos", determina que "1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de los órganos de las Administraciones Públicas de Navarra para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, al amparo de lo previsto en el artículo 140 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

2. De acuerdo con la previsión establecida en el apartado anterior, a todos los contratos y encargos que hayan de celebrar o realizar las Administraciones Públicas de Navarra o sus organismos públicos, entes instrumentales y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Gobierno de Navarra para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia.

3. El libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente al COVID-19 se realizarán a justificar.

4. Se habilita a los órganos de contratación para modificar los contratos por ellos suscritos para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Gobierno de Navarra para hacer frente al COVID-19. Estos casos serán tramitados mediante tramitación de emergencia.

5. Los expedientes de contratación relativos a suministros de aprovisionamiento y compra de equipamiento derivados del COVID-19 que deban tramitarse por el procedimiento de emergencia establecido en el artículo 140 de la Ley Foral 2/2018, de

13 de abril, de Contratos Públicos, estarán exentos de intervención previa, incluyéndose las órdenes de pago a justificar, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del número 1 del citado precepto que deberá cumplirse y del control financiero permanente al que, con carácter general, se hallan sometidos los actos a los que no se haya extendido la función interventora, conforme a lo establecido en los artículos 104 y siguientes de la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra. Idéntico régimen se aplicará a cualquier otro expediente de contratación motivado por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, conexo o no con los contemplados en el párrafo anterior, que deba tramitarse por el procedimiento de emergencia".

La habilitación conferida por el precepto transcrito en orden a la modificación de contratos suscritos no es absoluta, sino que precisa, en primer término, la concurrencia del presupuesto de hecho previsto en la norma, es decir, que se trate de contratos cuyo objeto sea atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas para hacer frente al COVID-19. Y no sólo eso, sino que además tal modificación deberá efectuarse con arreglo a lo dispuesto en LFCP, salvedad hecha de la posibilidad de su tramitación mediante procedimiento de emergencia.

Sentado lo anterior, entre las prerrogativas que, conforme al artículo 34 LFCP, ostenta el órgano de contratación en materia de contratación pública, se encuentra la de modificación de los contratos (el denominado ius variandi). Prerrogativa cuyo ejercicio queda subordinado a la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos; además de tener carácter excepcional, y, por tanto, de interpretación estricta, de manera que las condiciones iniciales de un contrato no se vean sustancialmente alteradas, por cuanto ello puede suponer una vulneración de los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación pública. Así lo pone de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía en su informe de 17 de octubre de 2016 cuando indica que "el Consejo de Estado en el Dictamen 79/1993, de 1 de abril, ponía de manifiesto que "El sometimiento a cauces estrictos del "ius variandi" de la Administración tiene su razón de ser precisamente en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración pueda

variar tales condiciones en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevan a admitir el citado "ius variandi" de la Administración pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar, como se dice, la indebida alteración del referido principio de licitación pública".

Como requisito de carácter sustantivo se exige una singular motivación de hechos, que, como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1984, en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus pliegos regidos por el principio ne varietur. De otro lado, resulta preciso observar, como se ha indicado, los requisitos que para la modificación de los contratos recoge el artículo 114 LFCP, habida cuenta que la habilitación normativa consecuencia del COVID – 19 en modo alguno desplaza la aplicación de la normativa de contratación pública. Siendo éste el objeto del análisis que debe realizar este Tribunal.

Sobre la potestad de modificación contractual índica la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 que "(…) No puede caber duda alguna sobre existencia del privilegio de modificación unilateral de las concesiones ya que es reconocido por una reiterada doctrina de esta Sala Tercera. Así, cabe acudir a la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (ROJ: STS 3974/2019) dictada en el recurso de casación 1558/201.

«La STS de 1 de febrero de 2000 (RC 645/1997) nos enseña que "La doctrina científica ha defendido, entre los privilegios de la Administración contratante, la potestad de modificar el contrato -"ius variandi"-, cuando así lo exija el interés público, cuyas exigencias, al servicio de la comunidad, no pueden quedar constreñidas por las cláusulas del contrato. De esta forma, un error inicial de la Administración contratante posteriormente detectado, o un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, o la adopción de medidas generales que, aunque no varíen directamente el objeto del contrato, inciden sobre él, permiten la posterior modificación del contrato para adaptarlo a las nuevas exigencias.

En el mismo sentido se expresa el Consejo de Estado. El Alto Órgano Consultivo en sus dictámenes, algunos de ellos citados por el codemandado, pone de relieve que en la opción entre el mantenimiento del contrato y su resolución debe atenderse al interés público en juego, dando preferencia a la pervivencia de la relación contractual por las

consecuencias perniciosas -costes de nueva contratación, retraso en la prestación del servicio, etc.- que la resolución conlleva.

La jurisprudencia de esta Sala en sentencias reiteradas (SS. de 13 de noviembre de 1.978, 2 de julio de 1.979, 9 de abril de 1.985, 13 de julio de 1.992, 29 de junio de 1.995, 12 de julio de 1.995) ha reconocido el "ius variandi". Se dice en ellas que "constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas", que "el interés general es el que debe prevalecer en todo caso", que "la prevalencia del fin sobre el objeto ... es la que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin.».

(…)

Cosa diferente es que concurran los presupuestos habilitantes para el ejercicio del ius variandi, cuestión que analizaremos en los siguientes fundamentos. (…)

OCTAVO.- La finalidad de la potestad de modificación resulta clara pues la Administración, como gestora de los intereses públicos vinculados a la ejecución del contrato administrativo, no puede venir obligada por el pacto celebrado si ello va en perjuicio precisamente del interés público que se pretendía satisfacer con la ejecución del contrato en los términos pactados. Por tanto, de inicio, puede afirmarse que el "ius variandi" permite a la Administración modificar el proyecto en lo necesario, bien porque haya sido mal elaborado, por dificultades técnicas imprevistas o por resultar más conveniente lo modificado o reformado. Además, el privilegio viene justificado por razón del fin que constitucionalmente tiene encomendado la administración, la satisfacción del interés general, por el artículo 103 de la Constitución Española.

Ahora bien, el régimen jurídico de la concesión permite hacer alguna precisión pues el ejercicio de esa facultad o potestad, que comporta un elemento de discrecionalidad, además de estar sujeto a un determinado procedimiento, está delimitado por factores sujetos a control, cuales son, que su ejercicio se justifique por razones de interés público, y que la modificación no conlleve o produzca la alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, debiendo limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. (…)"

El mismo Tribunal en Sentencia de 12 de diciembre de 2019, con cita de la doctrina contenida en Sentencia de 28 de enero de 2015, realiza las siguientes

consideraciones: "La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208y209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144y163 del TR/LCAP de 2000, que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del "ius variandi"; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP, introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de

obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de "ius variandi", fuerza mayor, "factum principis" y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011, que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. (...)".

Por último, debemos hacer referencia a la STS de 1 de febrero de 2000 (RC 645/1997): "La doctrina científica ha defendido, entre los privilegios de la Administración contratante, la potestad de modificar el contrato -"ius variandi"-, cuando así lo exija el interés público , cuyas exigencias, al servicio de la comunidad, no pueden quedar constreñidas por las cláusulas del contrato. De esta forma, un error inicial de la Administración contratante posteriormente detectado, o un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, o la adopción de medidas generales que, aunque no varíen directamente el objeto del contrato, inciden sobre él, permiten la posterior modificación del contrato para adaptarlo a las nuevas exigencias. (…)".

Así pues, adjudicado y formalizado el contrato de servicios, debe iniciarse y desarrollarse su ejecución en los términos derivados de la LFCP y de los documentos contractuales que lo regulan, no siendo posible introducir modificaciones en el mismo si no es ante la concurrencia de motivos de interés público que lo justifiquen, y con observancia de los límites impuestos por dicha norma jurídica. Sin que la previsión contenida en la Ley Foral 6/2020, de 6 de abril, a causa del COVID – 19, actúe con carácter general como título habilitante de modificaciones contractuales, debiendo justificarse y concretarse el interés público en cada caso, mediante la acreditación de la concurrencia del supuesto de hecho previsto en la norma citada, que no es otro que la afección para el propio contrato consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno de Navarra para hacer frente a la pandemia.

Sentado lo anterior, el artículo 122.2 LFCP dispone que son susceptibles de impugnación mediante la interposición de reclamación especial las modificaciones de contratos, en tanto que puedan ser actos de adjudicación ilegales; resultando que conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3 de la misma norma, no toda modificación ilegal es susceptible de impugnación por medio de la reclamación especial sino únicamente la que por realizarse con infracción de la LFCP encubre una situación que

necesariamente debería haber dado lugar a un nuevo procedimiento para seleccionar al adjudicatario.

Llegados a este punto, y a los efectos de dilucidar los requisitos que nuestra norma foral prevé para que una modificación contractual sea ajustada a la legalidad, debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 114 LFCP en cuya virtud "1. Los contratos públicos solo podrán modificarse por motivos de interés público, sin afectar a su contenido sustancial, introduciendo las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias. El importe acumulado de todas las modificaciones no podrá exceder en ningún caso del 50% del importe de adjudicación del contrato.

2. Se considerará que una modificación afecta al contenido sustancial del contrato cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

a) Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, hubieran permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o hubieran atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

b) Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista.

c) Que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de aplicación del contrato o del acuerdo marco.

d) Que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el órgano de contratación sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en esta ley foral.

3. Respetando los límites previstos en el apartado 1 de este artículo, los contratos podrán modificarse en los siguientes supuestos:

a) Cuando concurran circunstancias imprevisibles para una entidad adjudicadora diligente.

b) Cuando dicha posibilidad haya sido expresamente prevista en los pliegos. Esta posibilidad deberá expresarse de forma clara, precisa e inequívoca, y determinará el alcance y límites, con expresa indicación del porcentaje del importe de

adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar. Cuando la modificación requiera algún trámite adicional a los recogidos en esta ley foral, el pliego indicará el procedimiento que haya de seguirse.

c) Cuando el valor de la modificación sea inferior al 10% del importe de adjudicación o del valor de la concesión.

4. No se podrá modificar el contrato en los siguientes casos:

a) Cuando la modificación tenga por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato por el contratista o sus consecuencias, que puedan solucionarse mediante la exigencia y cumplimiento de las obligaciones contractuales o de la responsabilidad del contratista.

b) Cuando se trate de obras, servicios o suministros que, no figurando en el contrato o proyecto inicial, sean susceptibles de aprovechamiento independiente.

5. Las modificaciones que cumpliendo las anteriores exigencias produzcan aumento, reducción, supresión o sustitución de unidades ya contempladas en el contrato, serán obligatorias para el contratista. En los casos de supresión o reducción, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

6. Cualquier modificación de contrato distinta a las permitidas en este artículo se considerará ilegal. Las obras, servicios o suministros que fuera preciso contratar para responder a causas objetivas que las hagan necesarias, deberán ser objeto de una nueva licitación".

En consecuencia, los requisitos a verificar en el análisis de la legalidad de la modificación contractual impugnada son, partiendo de que, según indica la entidad contratante, ésta no afecta al precio del contrato, la concurrencia de razones de interés público que la justifiquen y que a través de ella no se vea afectado el contenido esencial del contrato sobre el que opera la modificación. Veámoslo.

OCTAVO.- Comenzando por el primero de los requisitos citados – la concurrencia de razones de interés público que justifiquen la modificación contractual – su análisis requiere el examen de los informes municipales que sustentan el acuerdo impugnado. Debiendo, desde este momento, rechazarse la alegación relativa a la indefensión del Ayuntamiento derivada de que tal análisis se realice sobre documentos que no son los definitivos, pues éstos, al aprobarse la modificación por procedimiento

de emergencia, han de elaborarse posteriormente; y ello toda vez que la valoración sobre la legalidad de dicha decisión puede llevarse a cabo atendiendo a los pliegos del contrato y al proyecto que concreta la modificación, así como de los informes técnico y jurídico que obran en el expediente, y todo ello tomando en consideración las alegaciones formuladas por la propia entidad contratante en defensa de la legalidad de su actuación.

Hecha la anterior puntualización, el informe de necesidad de la modificación contractual, en el apartado relativo a las causas justificativas de ésta señala que "la modificación propuesta se sustenta en el interés público que consiste en facilitar el acceso a la infancia y la adolescencia de Pamplona y sus familiares a un servicio de ocio educativo y conciliación en condiciones de seguridad sanitaria, y garantizando el resto de medidas que estén vigentes o se consideren convenientes durante el periodo estival.

Al mismo tiempo, se constata la imposibilidad de ejecutar en su integridad los contratos vigentes actualmente con los servicios de acción preventiva comunitaria, por lo que sería necesario ajustarlos a la nueva realidad lo que conllevaría una rebaja de los mismos con la consiguiente destrucción de empleo.

Para conjugar ambas situaciones y llevar a cabo una eficaz y eficiente gestión de recursos, conviene modificar los contratos señalados en el sentido de modificar sus ámbitos de actuación en cuanto a localización con el fin de que puedan llegar a otros barrios de la ciudad y, en consecuencia, a su infancia, adolescencia y familias, manteniendo íntegro su personal".

Empero, debemos apuntar que el interés público cuya justificación se requiere en estos casos es el que aconseja modificar el contrato vigente frente a la licitación independiente de la prestación o servicio de que se trate, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 653/2015, de 17 de diciembre, cuando señala que "El interés público que ha de concurrir, como expone con acierto, no es el derivado de la ejecución del contrato, y, en definitiva de la construcción del aparcamiento, que se satisfaría con la resolución de aquel y la convocatoria de una nueva licitación, sino que debía justificar específicamente la modificación frente a aquella solución. No puede, por tanto, invocarse como tal la necesidad de aparcamientos, que en modo alguno derivaría de una necesidad nueva a la que

pretendiera dar respuesta la modificación". Así, entendemos insuficiente la motivación en tal sentido expuesta en el informe municipal, toda vez que no se explica, en el contexto sanitario en el que nos encontramos, por qué no pueden desarrollarse las actividades de verano comprendidas en el contrato inicial y las razones por las que se considera oportuno sustituir éstas por los campamentos o colonias de verano que otros años se realizan de manera autónoma e independiente respecto del contrato que nos ocupa. No sirviendo a estos efectos una referencia genérica a la imposibilidad de su ejecución por riesgo sanitario como la realizada por la entidad contratante o la indicación, repetimos sin mayor concreción, de que tal modificación es consecuencia directa de las medidas adoptadas por Gobierno de Navarra para hacer frente al COVID – 19 a través de las Órdenes Forales 132/2020 y 158/2020, de 17 de marzo y 6 de mayo, respectivamente, de la Consejera de Derechos Sociales. Máxime cuando las mismas contemplan una serie de medidas y recomendaciones en el ámbito de los servicios de menores, en concreto, en los programas de acogimiento residencial, de acogimiento familiar y programa de adopción y de ejecución de medidas judiciales, incorporando este último las "medidas en programas de atención a la infancia y la familia", mientras que el servicio contratado por el Ayuntamiento de Pamplona no tiene por finalidad ejecutar medidas judiciales acordadas en relación con los menores, por lo que no advertimos cómo tales Órdenes Forales pueden afectar o condicionar a los servicios contratados y que son objeto de modificación.

De hecho, en ninguno de los informes municipales emitidos con ocasión de la modificación se concretan las razones que impiden el cumplimiento del contrato en los términos en que fue adjudicado. Resultando además que con independencia de la incidencia que pudieran haber tenido en el servicio determinadas medidas adoptadas por Gobierno de Navarra al inicio del estado de alarma, lo cierto es que en el momento en que se dispone la modificación del contrato resultaban de aplicación las disposiciones contenidas en la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, de flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, cuyo artículo 43 al regular las actividades de tiempo libre destinadas a la población infantil y juvenil establece que "1. Se podrán realizar actividades de tiempo libre destinadas a la población infantil y juvenil, siempre que se garantice el

cumplimiento de las recomendaciones de prevención e higiene del Ministerio de Sanidad y la disponibilidad de un procedimiento para el manejo de posibles casos de COVID-19; así como aquellas otras condiciones que, en su caso, establezca la autoridad competente de la comunidad autónoma en la que se realicen dichas actividades.

2. Cuando el desarrollo de las actividades previstas en el apartado anterior se lleve a cabo al aire libre, se deberá limitar el número de participantes al cincuenta por ciento de la capacidad máxima habitual de la actividad, con un máximo de doscientos participantes, incluyendo los monitores.

Cuando las citadas actividades se realicen en espacios cerrados, se deberá limitar el número de participantes a un tercio de la capacidad máxima habitual de la actividad; con un máximo de ochenta participantes, incluyendo los monitores.

3. Durante el desarrollo de las actividades se deberá organizar a los participantes en grupos de hasta un máximo de diez personas, incluido el monitor.

En la medida de lo posible, las actividades e interacciones se restringirán a los componentes de cada uno de estos grupos."

Así pues, en contra de lo apuntado por la entidad contratante, en la fecha de aprobación de la modificación contractual, en el ámbito de los servicios que constituyen el objeto del contrato, la normativa aplicable por las razones sanitarias referidas no prohibía las actividades en espacios cerrados, no estándolo tampoco la realización de actividades grupales. Siendo, por otro lado, en ese momento ya previsible que las limitaciones a tales efectos establecidas se flexibilizasen todavía más en el momento de la ejecución de la actividad que se incluye a través de la modificación, una vez alcanzada la situación nueva normalidad, como así ha sucedido.

Efectivamente, mediante Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 19 de junio de 2020, publicado en el BOLETIN OFICIAL de Navarra de 20 de junio, se declara la entrada de la Comunidad Foral de Navarra a la nueva normalidad y se dictan medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, es decir, una vez acordada la modificación pero antes del inicio de los campamentos urbanos introducidos a través de la misma, que sobre este particular

dispone "3.24. Realización de actividades de tiempo libre dirigidas a la población infantil y juvenil.

1. Se podrán realizar actividades de ocio y tiempo libre destinadas a la población infantil y juvenil, siempre que se establezcan las medidas necesarias para mantener la distancia de seguridad interpersonal durante el desarrollo de las mismas, o en su defecto, se utilicen mascarillas así como aquellas otras recomendaciones que, en su caso, establezca el Departamento de Salud.

a) Cuando el desarrollo de las actividades previstas en el apartado anterior se lleve a cabo al aire libre, se deberá limitar el número de participantes al setenta y cinco por ciento de la capacidad máxima habitual de la actividad, con un máximo de 250 personas, incluyendo las y los monitores.

b) Cuando las actividades se realicen en espacios cerrados, se deberá limitar el número de participantes al cincuenta por ciento de la capacidad máxima del recinto, con un máximo de 100 personas, incluyendo la y el monitor.

c) Durante el desarrollo de las actividades se deberá organizar a las personas participantes en grupos de hasta un máximo de 15 participantes, incluido el monitor/a. En la medida de lo posible, las actividades e interacciones se restringirán a las personas componentes de cada uno de estos grupos.

2. Se suspenden las autorizaciones administrativas para las acampadas y travesías reguladas por Decreto Foral 107/2005, de 22 de agosto, por el que se regulan las actividades de jóvenes al aire libre en la Comunidad Foral de Navarra".

En consecuencia, los informes que sirven de base a la modificación del contrato no dejan constancia de los basamentos fácticos - los denominados, en la doctrina de Derecho administrativo, hechos determinantes - a partir de los cuales el Ayuntamiento ha colegido el interés público existente en el servicio que reclama una variación de las actividades de verano programadas y adjudicadas. Resultando, además, que las medidas sanitarias aplicables a los servicios contratados posibilitan la realización de actividades en espacios cerrados y en grupos, si bien respetando las indicadas limitaciones de participantes, de forma que decaen las razones sobre la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos en que fue adjudicado, no teniendo en absoluto la consideración de causa justificativa suficiente para provocar la modificación

dispuesta. Restando por analizar si, además de lo anterior, la modificación ordenada afecta al contenido sustancial del contrato adjudicado.

NOVENO.- La regulación contenida en la LFCP sobre modificaciones contractuales distingue según la modificación esté prevista y regulada en el pliego regulador o no; si bien en ambos casos debe observarse, entre otros, el límite de no afectar al contenido esencial del contrato tal como establece el apartado 1 del artículo 114 de la LFCP.

El apartado S) del documento correspondiente a las Condiciones Particulares "Previsión de modificación del contrato", establece lo siguiente: "Previsión, por art. 114.3.b de la LFC, modificación contrato (circunstancia concreta, alcance, límites, % del precio del contrato al que pueden afectar, procedimiento de modificación): durante la vigencia del contrato el Ayuntamiento de Pamplona-Iruña podrá modificarlo para ampliar el personal que presta el servicio (Equipo Comunitario de Infancia) o para la ampliación de las actividades de verano y periodos vacacionales.

El porcentaje máximo sobre el precio al que pueda afectar la modificación será del 10%. El procedimiento para tramitar la modificación se resolverá por el órgano contratante y el precio de adjudicación se aumentará en el coste del nuevo personal y/o actividades conforme a los criterios sociales que se apliquen al contrato más los gastos generales que se negocien entre la parte contratante y el contratista, previo informe de la oficina de presupuestos y estudios del Ayuntamiento de Pamplona-Iruña. El posible incremento máximo sobre el precio de licitación ha sido recogido en el valor estimado del contrato. (…)".

De igual modo, el documento de formalización del contrato, en su cláusula sexta señala que "El contrato sólo podrá ser modificado en los supuestos y condiciones previstas en el Pliego Regulador, y en las Condiciones Particulares del Contrato y en la Leu Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra".

Así pues, la única modificación prevista en el pliego es la cuantitativa, permitiendo una ampliación de las actividades de verano y periodos vacacionales hasta un límite del 10% del precio de adjudicación. Siendo claro que conforme a dicha cláusula - y teniendo en cuenta que el artículo 114.3.b) de la LFCP exige que las modificaciones previstas en los pliegos se determinen de forma clara, precisa e

inequívoca - la modificación impugnada no tiene cabida en el supuesto habilitado por el pliego, puesto que el cambio operado no se corresponde con una ampliación de actividades sobre las programadas en la oferta, sino en la sustitución de éstas por otras distintas.

Recordemos que la modificación consiste en que las actividades de verano previstas en la oferta adjudicada a realizar entre el 3 y el 28 de agosto se enmarcan ahora en las colonias urbanas a desarrollar desde el día 1 de julio al 31 de agosto; y si bien se utiliza la expresión "enmarcar" lo cierto es que, como se desprende de las manifestaciones realizadas por la propia entidad contratante, se eliminan varias actividades desarrollándose en su lugar la actividad de las colonias urbanas.

En consecuencia, la modificación debe ser calificada como una modificación no prevista en los pliegos - que el artículo 114.3 LFCP posibilita cuando concurran circunstancias imprevisibles para una entidad adjudicadora diligente, así como cuando el valor de la modificación sea inferior al 10% del importe de adjudicación -, procediendo la desestimación de las alegaciones que al respecto aduce la entidad contratante; debiéndose determinar si a través de la misma se ha producido una modificación de carácter sustancial del contrato, en cuyo caso no podrá llevarse a cabo.

Como se ha expuesto anteriormente, el artículo 114.2 LFCP define cuando una modificación contractual merece la calificación de sustancial: cuando introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, hubieran permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o hubieran atraído a más participantes en el procedimiento de contratación; cuando la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista; cuando amplíe considerablemente el ámbito de aplicación del contrato, y, en los supuestos de sustitución del contratista adjudicatario en circunstancias distintas de las previstas en la LFCP.

A su vez, el considerando 107 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, señala que "Es preciso aclarar las condiciones

en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial."

El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549/14) señala que "28 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concurre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C 454/06, EU:C:2008:351, apartados 34 a 37)" .

"30 En principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa entre el poder adjudicador y el adjudicatario, pues ello requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado (véase, por analogía, la sentencia de 13 de abril de 2010, Wall, C 91/08, EU:C:2010:182, apartado 42). Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que esa modificación ya se hubiera previsto en las

cláusulas del contrato inicial (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C 454/06, EU:C:2008:351, apartados 37, 40, 60, 68 y 69)" .

"37 En efecto, aunque el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia deben respetarse incluso en relación con los contratos públicos especiales, ello no impide tomar en consideración los rasgos específicos de tales contratos. La conciliación de este imperativo jurídico y de esta necesidad concreta requiere, por una parte, un respeto estricto de las condiciones del contrato establecidas en la documentación del mismo hasta que finalice la fase de ejecución de esecontrato, pero también, por otra parte, la posibilidad de establecer expresamente en esa documentación la facultad del poder adjudicador de adaptar determinadas condiciones de dicho contrato, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación. Al establecer expresamente esa facultad y determinar el modo de aplicarla en dicha documentación, el poder adjudicador garantiza que todos los operadores económicos interesados en participar en ese contrato tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren así en pie de igualdad en el momento de formular su oferta (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, apartados 112, 115, 117 y 118) .

38 En cambio, si estas previsiones no figuran en la documentación del contrato, la necesidad de aplicar idénticas condiciones a todos los operadores económicos en un contrato público dado exige, en caso de modificación sustancial del contrato, abrir un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 127)".

De igual modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 17 de diciembre de 2015 antes citada confirma la dictada por el Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 2 de Zaragoza de 16 de marzo de 2012 que apunta que "En cuanto a las modificaciones esenciales, no hay una definición en la norma, salvo la ya mencionada, pero lo son las que afectan, a los elementos constitutivos del contrato de modo tal que de haber sido de otra manera en el momento de la licitación inicial, habrían permitido la intervención de otro licitador. Con más precisión, el TJCE en Sentencia de 19 de junio de 2008 (TJCE 2008, 132) (pressetext Nachrichtenagentur GMBH) ha declarado que "Sí que existirá, sin embargo, una nueva

adjudicación cuando las modificaciones de las disposiciones de un contrato, público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la Sentencia de 5 de octubre de 2000 , Comisión/Francia, apartados 44 y 46). La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido "la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplia el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. (…)

Con relación a lo tercero, lo relativo a la permanencia de la sustancia del contrato el Consejo de Estado en el Dictamen 79/1993, de 1 de abril: "(.), que las modificaciones "sean consecuencia de necesidades nuevas", no permite ser concebida de una manera tan amplia que permita cualquier variación, incluso cuando entrañe una alteración sustancial del objeto del contrato. En efecto, a través de la prerrogativa de modificación de la Administración no se puede alterar completamente, o en sus elementos esenciales, el contrato originario, pues en tales casos, congruentemente con el principio de licitación pública, debería tramitarse un nuevo expediente de contratación con su correspondiente adjudicación (...)".

DÉCIMO.- Expuesta la doctrina aplicable a la controversia que nos ocupa, el análisis relativo a si la modificación acordada afecta al contenido sustancial del contrato impone, en primer término, el examen del objeto de éste en los términos en que tuvo lugar su adjudicación.

En este sentido, las Condiciones Particulares del contrato, en su apartado B.1) disponen que "Constituye el objeto del presente contrato de servicio la prestación al Ayuntamiento de Pamplona de la gestión del Servicio de Acción Preventiva Comunitaria (SAPC) atendiendo a las instrucciones y directrices establecidas desde el

Área de Desarrollo Comunitario. (La referencia en adelante a este contrato será de Contrato de servicio).

El servicio de prevención complementa y refuerza el trabajo que el Ayuntamiento de Pamplona viene realizando en términos preventivos desde los diferentes recursos, más concretamente desde los enmarcados dentro del Programa de Atención a la infancia y familia (PAIF) y es parte del Programa Municipal de acción preventiva comunitaria de los barrios de Pamplona.

Se considera que todas las actuaciones en el ámbito de la prevención que se realicen por parte de la entidad que resulte adjudicataria, forman parte del sistema de protección a la infancia de nuestra ciudad y apoyan al Sistema Público de Protección a la Infancia del barrio de la Rochapea a través de sus estructuras y procesos". Añadiendo en su apartado B.3) "Necesidades a satisfacer mediante el contrato: La gestión del Servicio de Acción Preventiva en el barrio de la Rochapea, que tiene como objetivo prioritario procurar la protección comunitaria de la infancia y la adolescencia a través la promoción de proyectos, redes y actividades comunitarias en coordinación con los agentes del barrio del tejido social, ámbito educativo, sanitario, otros servicios públicos, y, por supuesto, las Unidades de Barrio de Servicios Sociales."

Por su parte, el Pliego de Condiciones Técnicas en su cláusula segunda, relativa al encuadre y definición del servicio, establece lo siguiente: "El SAPC, objeto de este contrato, se define como un servicio socio comunitario municipal de infancia y adolescencia integrado en el "Sistema Foral de Protección a la Infancia y la Adolescencia", al ser un servicio que complementa el trabajo del Programa de Atención a la infancia y familia (PAIF) y que tiene como objetivo prioritario procurar la protección comunitaria de la infancia y la adolescencia a través la promoción de proyectos, redes y actividades comunitarias en coordinación con los agentes del barrio del tejido social, ámbito educativo, sanitario, otros servicios públicos, y, por supuesto, Unidades de Barrio de Servicios Sociales.

En sentido, la "Cartera de Servicios Sociales de ámbito general" (D.F 69/2008, de 17 de junio) recoge que el Programa de Atención a la Infancia y Familia en Atención Primaria, cuyo objetivo es asegurar a los y las menores de edad un entorno que permita su desarrollo personal, mediante mecanismos de protección, apoyo

personal, familiar y social, debe responder a cuatro servicios, uno de ellos el Servicio de prevención de situaciones de desprotección y conflicto social.

Dentro de esta prestación garantizada es dónde ubicamos el trabajo del SAPC, siendo su objeto el de promover que los y las menores de edad tengan un entorno que permita su desarrollo personal mediante actuaciones en el ámbito de su comunidad y prevenir la aparición de situaciones de desprotección impulsando formas de apoyo dirigidas a corregir y modificar estas situaciones.

Este trabajo preventivo, desde una perspectiva integral, se entiende como el conjunto de actuaciones que, en el ámbito de la infancia, adolescencia y sus familias, tiene como finalidad última evitar la aparición de las situaciones de riesgo y desprotección en esta población y, por lo tanto, de posteriores intervenciones de tipo reparador o rehabilitador; definiendo tres niveles de prevención:

1. Prevención primaria/universal, entendida como mejora de la calidad de vida de la comunidad y familias, promoción de actitudes y condiciones sociales que favorezcan el buen trato hacia niños/as y trabajan desde el fomento y promoción de los derechos de la infancia. La intervención es de tipo proactivo y se considera una línea de actuación preferente en la atención primaria de Servicios Sociales.

2. Prevención secundaria/selectiva o indicada, se refiere al abordaje de problemáticas específicas y es entendida como apoyo a familias que padecen problemas o situaciones que podrían afectar negativamente al trato y cuidado recibido por niños y niñas. Diversas teorías la consideran como una línea de intervención básica a desarrollar desde lo Servicios Sociales de atención primaria y se considera el trabajo socioeducativo de restitución y modelado de las capacidades parentales y marentales como actuaciones más eficaces ante la desprotección infantil.

3. Prevención especializada: cuya intervención está dirigida a quienes ya han padecido la situación de riesgo y con quienes se quiere mejorar su situación, reducir las complicaciones y gravedad y evitar su empeoramiento. En este ámbito son los servicios especializados del sistema de protección los que realizan la intervención directa, siendo el papel del SAPC el de facilitar la participación del o de la menor para su integración social en la comunidad.

(…)

El SAPC se sitúa, como ya se ha señalado, dentro de la atención primaria de Servicios Sociales, la cual, por definición, es la que se desarrolla en la comunidad o en un territorio y la que va dirigida al fortalecimiento de los lazos comunitarios y actuando conjuntamente con la propia ciudadanía, las entidades sociales y otros servicios públicos.

Por ello, es fundamental la dimensión comunitaria ya que el barrio es la unidad territorial de atención básica y se contempla como espacio de encuentro y articulación de distintos agentes que buscan la mejora de la calidad de vida. (…)"

Se trata, por lo tanto, de un servicio social (de hecho, es un contrato reservado de los previstos en el Anexo II B de la LFCP, conforme a su artículo 38), que se incluye dentro de la prestación garantizada denominada "Servicio de prevención de situaciones de desprotección y conflicto social", prevista en el Anexo I de la Cartera de servicios Sociales de ámbito general, aprobada por el Decreto Foral 69/2008, de 17 de junio, que tiene por objeto "promover que las y los menores de edad tengan un entorno que permita su desarrollo personal mediante actuaciones en el ámbito de su comunidad y prevenir la aparición de situaciones de desprotección impulsando formas de apoyo dirigidas a corregir y modificar estas situaciones."

Interesa destacar que, a la vista de las cláusulas citadas, el barrio, como ámbito territorial de prestación del servicio, resulta fundamental, siendo uno de los parámetros sobre los que pivotan tanto los objetivos del servicio como las actividades a ofertar por los licitadores. De hecho, el apartado tercero de la citada cláusula segunda, al referirse a la población destinataria, indica que "El SAPC es un servicio dirigido a la promoción del desarrollo integral de toda la población infantil y juvenil menor de 18 años y sus familias del barrio dela Rochapea.

Para ello, y, al ser un servicio que trabaja la prevención comunitaria, se hace necesaria una intervención desde y con toda la comunidad; de tal manera que participan también de los proyectos e iniciativas las personas voluntarias, el personal profesional de los distintos servicios públicos y las redes vecinales del territorio en el que se desarrollan las actuaciones preventivas con el fin de generar entornos seguros en el ámbito vecinal- comunitario.

En este sentido, entenderemos comunidad como el territorio físico en el que se sitúa el servicio (barrio) sin perder de vista la necesidad de crear dinámicas y redes en

el ámbito de ciudad con el objetivo de reforzar el trabajo comunitario y el aprovechamiento de recursos y sinergias. (…)". Importancia que se ve reforzada, si cabe, con la previsión contenida en la cláusula quinta cuando dispone que "Para el desarrollo del contrato, la entidad adjudicataria deberá contar con un equipo de profesionales contratados por la misma que formarán el Equipo Comunitario de Infancia (ECI), equipo responsable del SAPC que dinamizará el Plan del servicio y será referencia del mismo.

Además, el SAPC deberá promover la participación de personas voluntarias del barrio, especialmente jóvenes participantes en los propios proyectos del SAPC, a través de la figura de Educador/a comunitario/a1. Figuras que, previa formación, participarán junto con el ECI en la elaboración de los proyectos, en la organización y ejecución de las actividades, siendo en todo momento personas voluntarias que tendrán claramente establecidos sus derechos y obligaciones y nunca suplirán el trabajo del ECI. (…) Como marcan los objetivos del servicio, la base de su sentido es la participación activa de personas voluntarias de la comunidad, preferentemente jóvenes que culminen su proceso de aprendizaje por el SAPC, y asuman un papel más responsable de participación en la propia gestión del servicio".

Significación que se revela, igualmente, en el hecho de que las Condiciones Particulares del contrato en su apartado H) correspondiente a la solvencia técnica o profesional, indica que "se acreditará mediante una relación de los principales contratos o servicios prestados que tengan por objeto trabajos relacionados con el ámbito comunitario dentro del ámbito territorial del barrio de la Rochapea, efectuados por la licitadora durante los 3 últimos años (…)".

Respecto a los objetivos del servicio, la cláusula tercera prevé como objetivo general "Promover el crecimiento integral de las niñas, niños y adolescentes en entornos seguros del ámbito de lo vecinal-comunitario a través de la cohesión social de los barrios desde el trabajo social y educativo como factor de protección infantil y juvenil"; y como objetivos específicos promover la inclusión comunitaria de las niñas, niños y adolescentes de los barrios desde sus procesos personales y colectivos de desarrollo, acompañar a las niñas, niños y adolescentes desde los entornos comunitarios de los barrios en sus situaciones de dificultad social o de crisis personal, grupal o familiar, y apoyar el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y

adolescentes en la vida sociocomunitaria de los barrios de acuerdo a su edad y desarrollo de las facultades evolutivas.

A la consecución de tales objetivos van dirigidas las acciones que debe incluir la prestación del servicio, indicando al respecto la cláusula cuarta que "El SAPC desarrollará su acción en el ámbito territorial del barrio sin perjuicio de las iniciativas que traspasen ese límite, y que se valoren como interesantes por parte del propio barrio para el desarrollo del trabajo.

Para cumplir con sus objetivos, como ya se ha mencionado, contará con un Plan de Acción Preventiva Comunitaria que, además del desarrollo de la metodología (principios y estrategias) mencionada, recogerá las actuaciones planteadas en cada una de ellas a través de programas, proyectos, actividades, etc. Este Plan recogerá las líneas generales de trabajo para el periodo establecido en el contrato, siendo concretados los proyectos y actividades específicas en el Plan Anual.

(…)

4.2.2. PROGRAMAS, PROYECTOS Y ACTIVIDADES

Los programas, proyectos y actividades (de ahora en adelante denominadas actuaciones) que integren el Plan de Acción Preventiva Comunitaria se desarrollarán específicamente en el Plan Anual que la entidad deberá desarrollar y entregar anualmente al Ayuntamiento.

Deberán regirse por los principios, objetivos y metodología que recoge este pliego y estarán enmarcados en las estrategias cuyas funciones también aparecen en este documento. Estas son las guías básicas del Plan, pudiéndose adecuar a la necesidad y realidad, siempre de forma acordada con el Área de Desarrollo Comunitario.

Características

Las actuaciones desarrolladas se realizarán en un tiempo concreto (el que se desarrolla fuera del horario escolar, el tiempo de ocio y tiempo libre) y en un espacio concreto (el barrio). (…)

Además, para que las actividades se realicen tiene que existir una estructura que las posibilite y les dé una continuidad y estabilidad en dicho tiempo y espacio. Para ello, es necesario la participación de los recursos en sentido amplio que posibilita el barrio, unas redes sociales (personales, familiares, comunitarias) y profesionales (entre

los diferentes servicios públicos) que se generan en todo contexto comunitario, y la integración de estructuras asociativas que aporten proyectos que sustenten actuaciones preventivas en el ámbito infanto juvenil. (…)

El tipo de actividades que incluye este contrato, pudiéndose contemplar, debidamente motivadas, otro tipo de actividades:

Las actividades incluidas en este contrato son de prevención primaria o de tipo universal orientadas a cubrir el ocio y tiempo libre de niños/niñas y adolescentes de los barrios.

Se concretarán fundamentalmente en actividades lúdicas, deportivas, culturales y formativas que se concretan en las siguientes actividades:

• Ludotecas.

• Grupos de apoyo escolar.

• Centros de verano.

• Excursiones.

• Campamentos.

• Torneos deportivos.

• Actividades transversales dirigidas a la población adolescente sobre los buenos tratos, relaciones de igualdad, consumos responsables, etc.

• Talleres de habilidades sociales.

• Actividades grupales con padres y madres.

• Formación y supervisión de las personas voluntarias.

• Realizar diagnósticos sobre la situación de la infancia del barrio junto con el resto de dispositivos institucionales o asociaciones que intervienen en el territorio.

• Trabajar en red con todos los dispositivos del barrio para desarrollar un programa de prevención consensuado.

• Otras actividades que se adapten a la vida comunitaria/ calendario de actividades del barrio y a las nuevas necesidades que se vayan generando en los barrios.

Para el diseño y puesta en marcha de todas estas actividades el SAPC deberá coordinarse con el Ayuntamiento en relación a otras actividades similares promovidas en el ámbito municipal, con el objetivo de optimizar y dar coherencia, bajo una misma línea de trabajo, a los servicios ofertados.

Además, siempre contemplando los objetivos del servicio, los ritmos del trabajo comunitario y las posibilidades según los recursos disponibles, el SAPC participará en las iniciativas municipales o supramunicipales en que las que Ayuntamiento considere oportunas".

Sobre tales premisas, el adjudicatario del contrato presenta en su oferta el plan de acción preventiva comunitaria exigido por el pliego en el que indica las actividades base que dan respuesta a necesidades permanentes en cada uno de los programas a desarrollar en la gestión del servicio. Contemplando, en lo que ahora interesa, dentro del programa socioeducativo la actividad de "Centro de Verano", dirigida a niños y niñas entre 4 y 16 años, donde se ofrecen actividades de apoyo escolar, dinámicas a través de emociones, excursiones, momentos de calle, juegos de agua …, ofreciendo un espacio a niños y niñas y sus familias de ocio y de prevención comunitaria; actividad que se desarrolla durante todo el mes de agosto. Plan que, a su vez, constituye uno de los criterios de adjudicación del contrato (48 puntos), exigiéndose como contenido del mismo el diagnóstico actualizado del barrio, conocimiento de los recursos formales e informales, redes, etc, por cuanto uno de los aspectos valorar del citado plan es la imbricación e impacto del proyecto en la realidad del barrio.

Delimitado en tales términos el objeto del contrato adjudicado, procede analizar el contenido de la modificación contractual acordada, de cuya comparativa resultará si ésta afecta o no al contenido esencial del mismo, conclusión de la que dependerá la legalidad de la actuación objeto de impugnación.

El informe municipal emitido con fecha 3 de mayo de 2020, que aborda la necesidad de modificar los contratos de los equipos preventivos señala que "En la actualidad, Navarra se encuentra en la Fase 2 de desescalada y previsiblemente entrará en la Fase 3 en los próximos días, por lo que se está planteado la vuelta de los equipos preventivos a sus actividades habituales, si bien la misma no va a poder ser completa ya que las medidas de seguridad vigentes que previsiblemente se extenderán en el tiempo, impiden la realización de la totalidad de las habituales y la necesidad de adaptación de las que sí puedan llevarse a cabo. Igualmente, la situación de la ciudadanía en general y de la población infantil y adolescente en particular, va a continuar necesitando una especial atención y apoyo una vez se levante el estado de

alarma". Poniendo de manifiesto que la propuesta obedece, igualmente a una necesidad imperiosa de conciliación; indicando, en este sentido, que "La propuesta municipal consiste en la organización de campamentos urbanos presenciales dirigidos a la infancia y adolescencia en espacios educativos de distintos barrios de la ciudad que permitan la conciliación, el ocio educativo, la socialización y, en definitiva, la asistencia, acompañamiento y la promoción del crecimiento de los niños y niñas en entornos seguros del ámbito vecinal, mediante actuaciones fuera del horario escolar, en el tiempo de ocio y tiempo libre de los niños y niñas, en espacios que garanticen la seguridad, protejan la salud y eviten contagios entre participantes, profesionales, voluntariado, familia y entorno social en actividades de ocio educativo. Estos campamentos se van a llevar a cabo en los siguientes centros educativos de la ciudad de Pamplona señalados en el informe técnico.

Estos centros educativos no se corresponden en su totalidad con los 8 barrios que cuentan con un servicio de acción preventiva, por lo que se considera necesario proceder a la modificación de los contratos vigentes para adecuarlos a la realidad y dar respuesta a esta situación.

Es en este punto donde confluye la imposibilidad de ejecución íntegra de los contratos de los equipos preventivos que conllevaría que los mismos se ajustaran a la realidad y se modificaran a la baja, con la necesidad de que los mismos presten servicio en estos campamentos urbanos, de forma que se continúa cumpliendo con los objetivos de estos equipos, se alcanza a atender a más población y se genera una más eficiente y eficaz gestión de los recursos municipales, al mismo tiempo que no se destruye empleo y actúa en aras del bien común con resultados ganadores para todos los actores participantes."

Por su parte, el informe jurídico que al respecto se emite con fecha 1 de junio de 2020 concluye que "En el caso que nos ocupa, se podrán introducir en los contratos referenciados las modificaciones indispensables para adaptar la ejecución de los mismos a las circunstancias derivadas de la crisis sanitaria y a las nuevas medidas de higiene y prevención necesarias, tanto en cuanto a la variación del contenido del proyecto de actividades para el verano, como su lugar de ejecución. También puede preverse la variación del público objeto de los mismos, ya que la nueva situación ha

podido modificar la demanda en los distintos barrios de la ciudad, así como las necesidades de prevención comunitaria.

El interés público que lo justifica es la adaptación a las nuevas circunstancias derivadas de la crisis sanitaria: el control de las medidas sanitarias en cuanto a los aforos, espacios y necesidades de limpieza; nuevas necesidades derivadas de la situación de crisis sanitaria que han podido verse modificadas respecto al contenido del contrato (prevención en el ocio y tiempo libre en la infancia y adolescencia): mayor o menor público objetivo, necesidad de conciliación (servicio de comedor), actividades de apoyo escolar, dada la interrupción del curso. Así mismo se garantiza el apoyo municipal en la ejecución de los contratos por motivo de interés público de salvaguarda de la salud pública, así como la garantía de la efectiva ejecución de los contratos.

Habrá que delimitar las modificaciones en:

- Espacios.

- Actividades.

- Fechas a que están limitados los efectos de estas modificaciones, en su caso.

- Apoyo municipal necesario para la ejecución de los contratos: espacios, personal, otros servicios (limpieza, comedor). Si fuera necesaria la contratación para la obtención de estos recursos, se acudirá a la normativa vigente en este momento (expediente de emergencia, y posterior tramitación, tal y como se establece en el artículo 15 de la Ley Foral 6/2020).”

La modificación del contrato se concreta en el documento denominado “PROYECTO. De los barrios a la ciudad, espacios de cuidado”, que indica que “se considera ese trabajo – el SAPC – en entornos cercanos, el ideal, pero, ante la imposibilidad recogida en los Informes de necesidad y jurídico de realizar estas actividades tal y como se vienen realizando en los barrios según el contrato vigente, se plantea este proyecto para cubrir las necesidades de actividades para este verano”. Añadiendo, en el apartado VISIÓN que “Las actividades de verano que los Servicios de Acción Preventiva Comunitaria (SAPC) vienen realizando anualmente en los barrios se trasladan a 4 puntos de la ciudad, a 4 centros educativos.

Los barrios hacen de “antenas” o lugares de acogida de la chavalería en entorno cercano. Realizando actividades de calle van acudiendo a los 4 colegios de referencia en la ciudad.

En esos colegios, otros chavales que se hayan inscrito sin referencia a los servicios del barrio, inician sus actividades a la misma hora.

Ambos grupos confluyen en una misma hora y realizan actividades conjuntas en los centros de referencia."

En el apartado PUNTOS CLAVE DEL PROYECTO, se señala que "● Se mantiene el objetivo fundamental de las actividades de verano de promover que los y las menores de edad tengan un entorno que permita su desarrollo personal mediante actuaciones en el ámbito de su comunidad y, así, poder prevenir la aparición de situaciones de desprotección impulsando formas de apoyo dirigidas a corregir y modificar estas situaciones. Además, se añade un objetivo de conciliación para las familias, al posibilitar espacios educativos y de ocio y tiempo libre para estos menores en diferentes horarios.

(...).

● Se establece la necesidad de mantener la actividad básica del SAPC como servicio municipal de atención directa de familias y menores dentro del Programa de Infancia y Familia de la atención primaria de Servicios Sociales."

Respecto a las condiciones de desarrollo de la modificación, se dispone que su vigencia se circunscribe al periodo comprendido entre el 9 de junio y el 31 de agosto, realizándose el servicio en cuatro zonas, en un centro educativo en cada una de ellas, donde se realizarán la mayor parte de las actividades y el servicio de comedor, con un máximo de 100 plazas por centro educativo, ofertándose el servicio a menores de entre 6 y 12 años, "estableciéndose si es posible otro tipo de actividades con los y las adolescentes de 12 a 14 años preferentemente a nivel de ciudad". De igual modo se fija una ratio de 20 monitores por centro, señalándose que "El personal técnico de los Servicios de Acción preventiva Comunitaria, tendrán en su adscripción de jornada, un 75% de jornada de apoyo y coordinación del monitorado y las actividades y las labores administrativas necesarias para el correcto desarrollo de las actividades y por otro lado un 25% de jornada la destinarán a otras tareas de apoyo, coordinación y seguimiento."

Respecto a las actividades, se indica que "estarán pensadas acorde a las edades a las que van dirigidas y tendrán un componente fundamentalmente educativo para trabajar el desarrollo emocional y relacional, a través del aprendizaje compartido y la

convivencia. Se realizarán actividades diversas que incluyen paseos, actividades al aire libre de movimiento, piscina (si fuera posible), de creación y arte, juegos, actividades relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías, medioambiente, participación, apoyo en temas escolares y todas aquellas que sean de interés de los y las niñas"; incluyéndose las siguientes: apoyo escolar y/o educativo formal; actividad física y deporte; juego; participación, ciudadanía, servicio; y educación ambiental.

Pues bien, de la comparativa del contenido del contrato adjudicado y de la modificación objeto de impugnación, este Tribunal no puede sino concluir que ésta afecta al contenido sustancial del contrato; no pudiendo compartir lo manifestado por la entidad contratante en el sentido de que consiste simplemente en "potenciar las otras actividades incluidas en el objeto del contrato (centros de verano), adecuando además su prestación a las medidas de preservación de contagios, de tal manera que se desarrollen no en los Centros Comunitarios, que son locales cerrados, sino en los patios de los Colegios Públicos", habida cuenta que, por mucho esfuerzo argumentativo que realice el Ayuntamiento, lo cierto es que a través de la citada modificación se sustituye la actividad prevista en el contrato correspondiente al centro de verano, por otra distinta, las colonias urbanas; debiéndose señalar al respecto, que dicho objeto es similar al Servicio de Conciliación-Colonia Urbana que el Ayuntamiento de Pamplona viene adjudicando, desde el año 2013, de manera regular e independiente al contrato de servicios que nos ocupa, y así se licitó mediante su publicación en el Portal de Contratación el 23 de abril de 2019 y cuyo objeto consiste, según se señala en el citado anuncio, en la "Organización y desarrollo de un espacio lúdico-educativo para niños de entre 3 y 12 años de edad con objeto de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar durante las vacaciones escolares".

No se trata simplemente de ampliar la duración de la actividad del centro de verano y ubicarla en un espacio distinto que, por ser abierto, cuente con mejores condiciones sanitarias, por cuanto no podemos obviar que la nueva actividad responde, como señala el informe con la propuesta de modificación, a una necesidad de conciliación, mientras que el contrato tiene por objeto la prestación de un servicio social de prevención de la infancia, para evitar la aparición de situaciones de riesgo y desprotección en esta población, impulsando formas de apoyo dirigidas a corregir y modificar estas situaciones - así lo apunta la cláusula 3.1 de las condiciones

particulares cuando señala que el objetivo general del servicio es "promover el crecimiento integral de las niñas, niños y adolescentes en entornos seguros del ámbito de lo vecinal-comunitario a través de la cohesión social de los barrios desde el trabajo social y educativo como factor de protección infantil y juvenil" -. Finalidades que aún pudiendo advertir cierta relación tienen un alcance y objetivos bien distintos.

Además, también se modifica el lugar de prestación del servicio, sin justificarse, mínimamente por qué los centros donde iba a prestarse aquel no reúnen las condiciones sanitarias o higiénicas necesarias; incluso los medios humanos requeridos para prestar el servicio cambian, dado que en la modificación se contempla, junto al personal técnico de los SAPC, la figura del "monitorado-coordinación", no prevista en el contrato inicial. Y como hemos indicado en nuestra consideración octava, en la fecha de aprobación de la modificación contractual, en el ámbito de los servicios que constituyen el objeto del contrato, la normativa aplicable por las razones sanitarias referidas no prohibía las actividades en espacios cerrados, no estándolo tampoco la realización de actividades grupales.

Por otra parte, la modificación afecta también las personas destinatarias, dado que se reducen las franjas de edad de las personas usuarias del mismo, ampliándose por el contrario a todas las personas que, dentro de dichas franjas, residan en la zona correspondiente, cada una de las cuales agrupa diversos barrios. No puede obviarse, a este respecto, que las prescripciones técnicas del contrato insisten en reiteradas ocasiones en la importancia de la prestación del servicio "a nivel de barrio", constituyendo este ámbito territorial uno de los elementos de carácter fundamental del mismo. Así, en su cláusula 2.1 señala que "por ello, es fundamental la dimensión comunitaria ya que el barrio es la unidad territorial de atención básica y se contempla como espacio de encuentro y articulación de distintos agentes que buscan la mejora de la calidad de vida. También es un espacio de socialización en el que se potencia la relación entre los núcleos familiares, entre grupos de iguales, instaurándose principios de cooperación, solidaridad y ayuda mutua a la vez que enriquece la autoestima, desarrollo personal, dignidad y toma de conciencia en las personas".

Circunstancias todas ellas que contribuyen a considerar que la modificación del contrato sí afecta a su contenido sustancial, tal y como apunta la sentencia del Tribunal

Superior de Justicia de Aragón antes señalada que concluye que "En definitiva, el conjunto y naturaleza de las modificaciones aprobadas permiten concluir, como así consideró el Juzgado, que se ha producido una alteración sustancial de los términos de contrato que determinaba, a fin de respetar los elementales principios generales de la contratación pública de libre concurrencia, publicidad e igualdad y no discriminación, la necesidad de proceder a la convocatoria de un nuevo concurso."

Así las cosas, la modificación contractual objeto de impugnación debe calificarse como sustancial, lo que, unido a lo expuesto sobre la insuficiente justificación del interés público concurrente, conduce a su anulación; siendo con ello innecesario entrar a valorar los aspectos relativos al procedimiento tramitado para su aprobación esgrimidos por la reclamante".

En definitiva, y en base a los argumentos expuestos, procede la estimación de la reclamación interpuesta y, por ende, la anulación de la modificación contractual objeto de impugnación, por cuanto la misma no es conforme a Derecho.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don A. J. J. V., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN UMETXEA SANDUZELAIN, contra la Resolución de la Concejalía Delegada de Servicios Sociales, Acción Comunitaria y Deporte del Ayuntamiento de Pamplona, de 5 de junio de 2020, por la que se modifica el contrato de "*Gestión del Servicio de Acción Preventiva Comunitaria del barrio de San Jorge*", inadmitiéndose la misma respecto al requerimiento en orden a su cumplimiento sustanciado con fecha 12 de junio de 2020.

2º. Notificar este Acuerdo a don A. J. J. V., en su condición de representante de la ASOCIACIÓN UMETXEA SANDUZELAI, al Ayuntamiento de Pamplona, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 23 de julio de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.