

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Amadeu de Savoia, 2 -5a planta
46010 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 4/2019

INFORME 4 /2019, DE 25 DE FEBRERO DE 2020. CONSIDERACIÓN O NO DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR LA INTRODUCCIÓN DE UNIDADES NUEVAS. CONCEPTO DE PRESUPUESTO PRIMITIVO O PRECIO INICIAL DEL CONTRATO EN LA APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 242.4 DE LA LCSP.

En fecha 16 de diciembre de 2019, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Vinaròs, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

ANTECEDENTES

“Don Guillem Alsina Gilabert con DNI 73389843V, como Alcalde-Presidente del ayuntamiento de Vinaròs, representación que ostento y acredito mediante certificado de Secretaria de fecha 17/06/2019 que adjunto como documento núm. 1 a la presente solicitud, ante este ilustre órgano comparezco y de conformidad a lo recogido en el artículo 9 del DECRETO 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa, el Registro Oficial de Contratos de la Generalitat, el Registro de contratistas y empresas clasificadas de la Comunitat Valenciana y la Central de Compras de la Generalitat y se adoptan medidas respecto de la contratación centralizada, vengo por la presente a solicitar informe en base a los siguientes:

Este ayuntamiento en múltiples contratos de obras que realiza, se plantea de manera frecuente, la discrepancia entre los funcionarios técnicos y jurídicos acerca de lo que se ha de considerar como una modificación contractual y las que no. Todo ello en relación a la introducción de una nueva casuística que aún no se ha aclarado por parte de los órganos consultivos o por las resoluciones marcadas por los Tribunales en los recursos especiales en materia de contratación.

De esta manera la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, introduce en su artículo 242.4 in fine lo siguiente:

“No obstante, no tendrán la consideración de modificaciones:

i. El exceso de mediciones, entendiendo por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la

certificación final de la obra.

ii. La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo."

Por otra parte el artículo 162.2 relativo al "reajuste del plazo de ejecución por modificaciones", del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en vigor en todo aquello que no contradiga la Ley, dispone que:

"2. Cuando sea necesaria la ejecución de unidades nuevas no previstas en el proyecto, el director de las obras elevará al órgano de contratación las propuestas de los precios nuevos y la repercusión sobre el plazo de ejecución del contrato. La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas."

De esta forma solicitamos aclaración de si la introducción de unidades nuevas ha de ser necesariamente un modificación de contrato o si por contra, y de conformidad a la novedad introducida por la LCSP 9/2017, en su artículo 242.2 la inclusión de precios nuevos se puede dar en unidades nuevas, o necesariamente tiene que ser en las ya existentes, o bien podría darse en las nuevas y en las existentes al no hacer distinción la propia Ley.

Por otra parte, también crea confusión los términos en los que están redactados los límites a los que se refiere el mencionado artículo 242.2 LCSP, ya que establece que no se considerará modificación "siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo. De esta manera no queda claro, si respecto a el precio global del contrato, ¿se entiende como el de adjudicación, que a su vez puede ser con modificación o sin modificación?. Y finalmente, cuando el artículo 242.2 de la LCSP, dice que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo, ¿que hemos de entender por el concepto de presupuesto primitivo?, ¿el presupuesto de ejecución material (PEM)?, ¿El presupuesto de ejecución por contrata?, o bien. ¿el precio de la adjudicación?.

Como reitero en esta solicitud por parte de los técnicos no se ha encontrado pronunciamientos al respecto es por lo que al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.3 del DECRETO 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa. SOLICITO:

UNICO- Que por parte del órgano al que me dirijo se emita informe acerca de las cuestiones planteadas, con el fin de aclarar y unificar, la disparidad de criterios entre los órganos gestores que intervienen en la gestión de la contratación de este ayuntamiento.

No obstante el órgano al que me dirijo actuará bajo su superior criterio."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS



La consulta efectuada por el Ayuntamiento plantea varias cuestiones relacionadas con la modificación del contrato de obras, durante su ejecución, cuando se produce una alteración del proyecto inicialmente adjudicado. Implícitamente, tales cuestiones plantean también en qué circunstancias podrá encomendarse la ejecución de dicho proyecto modificado al mismo contratista que lo viene ejecutando sin necesidad de volver a convocar una licitación.

Complementariamente, la consulta plantea dudas más que razonables sobre cómo deben interpretarse las referencias en la legislación vigente al presupuesto *primitivo* del contrato o el precio *global* del contrato, conceptos jurídicamente indeterminados en la medida que no cuentan con un desarrollo reglamentario que los precisen más o los pongan en relación con otros conceptos como el presupuesto de ejecución material de las obras o el precio del contrato.

Consideración o no de la modificación del contrato por la introducción de unidades nuevas

Antes que nada, para responder a la consulta del Ayuntamiento, hay que recordar previamente que el artículo 203.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LSCP), establece que los contratos administrativos solo podrán modificarse cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204;

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública (...)

Por tanto, la primera cuestión que hay que afirmar es que la regulación de las modificaciones del contrato de obras desarrollada en el artículo 242 de la LCSP debe ponerse en relación con el anterior precepto, lo que en cada caso concreto presupone haber determinado previamente si la alteración del proyecto inicial debe considerarse una modificación del contrato y, en su caso, en cuál de los dos supuestos anteriores se encuentra dicha modificación.

Las modificaciones que estén previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato deberán ajustarse a lo dispuesto en el artículo 204 de la LCSP, el cual exige que el pliego haya establecido el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación y establece, entre otros requisitos, dos limitaciones importantes relacionadas con las cuestiones objeto del presente informe:

- La modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato (art. 204.1.b, último inciso).
- En ningún caso podrán preverse modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato

inicial. *En todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual (art. 204.2).*

En consecuencia, cabe presuponer que las situaciones o cambios en el proyecto inicial que originan las dudas objeto de la consulta del Ayuntamiento no se refieren a posibles modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato (PCAP en lo sucesivo), sino a si tales cambios tendrán la consideración o no de modificaciones no previstas en el PCAP que puedan ser *excepcionalmente* necesarias y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 205 de la LCSP.

Así se desprende también del artículo 242, apartados 1 y 2, de la LCSP. El artículo 242.1 expresamente se refiere a las modificaciones que se acuerden de conformidad con lo establecido en el artículo 206 que, a su vez, se refiere a los supuestos del 205, esto es, a las modificaciones del contrato no previstas en el PCAP. Por su parte, los apartados 242.2 y 242.4, que motivan la consulta del Ayuntamiento, se refieren a modificaciones en las que *no sea necesario realizar una nueva licitación*, lo que nos lleva de nuevo a las modificaciones del contrato no previstas en el PCAP solo permitidas en los supuestos previstos en el artículo 205 de la Ley.

No obstante, el artículo 242.4 de la LCSP introduce también una excepción a las reglas generales del artículo 205, estableciendo dos supuestos que *no tendrán la consideración de modificaciones del contrato*:

i. El exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.

ii. La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.

Obsérvese que, en ambos casos, tales excepciones no comprenden cambios que supongan la introducción o adición de unidades de obra nuevas y, por tanto, respecto de la cuestión planteada en la consulta ha de concluirse que, en el supuesto de que se introduzcan unidades nuevas, no cabe considerarlo incluido en la excepción (ii) y nos encontraríamos ante la modificación prevista en el supuesto descrito en el artículo 205.2 apartado a), siempre que se cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo y apartado y se trate de una modificación no prevista en el PCAP. A juicio de esta Junta la excepción (ii) ampara la introducción de precios nuevos en unidades ya existentes, por ejemplo por cambios o sustitución de algunos de los bienes o prestaciones que las componen, pero no se refiere a añadir unidades adicionales a las inicialmente contratadas, lo cual podrá ser objeto de la modificación del contrato citada si se dan los requisitos para ello.

Por último, hay que señalar que lo dispuesto en el artículo 162.2 del Reglamento General de la Ley de



Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, no supone obstáculo alguno a la conclusión anterior ya que simplemente detalla un procedimiento a seguir de índole técnica sin prejuzgar la consideración o no de que jurídicamente se requiera una modificación del contrato en los términos establecidos actualmente en la LCSP.

El concepto de presupuesto primitivo o precio inicial del contrato en la aplicación de las excepciones del artículo 242.4 de la LCSP.

La segunda cuestión planteada en la consulta del Ayuntamiento se refiere a la interpretación que debe darse al concepto de presupuesto primitivo utilizado por la LCSP en el mismo artículo 242.4 para establecer el límite de la inclusión de precios nuevos sin que tal inclusión tenga la consideración de modificación del contrato.

La utilización aislada de este concepto y la ausencia de un desarrollo reglamentario que establezca una definición precisa del presupuesto primitivo aconseja una interpretación del mismo acorde con el resto de conceptos utilizados por la LCSP, y la práctica facultativa de la ingeniería y arquitectura, para definir los importes del contrato de obras. Hay que presuponer que el legislador ha utilizado el término de “presupuesto primitivo” conscientemente y queriendo diferenciarlo del presupuesto de ejecución material (PEM), del presupuesto de “contrata” (PEM+Gastos generales+Beneficio industrial), del precio del contrato o de cualquier otro.

La principal diferencia que puede deducirse de tales importes es que el presupuesto primitivo es, en todo caso, el primero establecido en el contrato, consecuencia de la oferta adjudicataria del mismo y cuyo importe es el que resulte de la adjudicación, sin que se vea alterado como consecuencia de las revisiones o modificaciones contractuales que en su caso procedan durante la ejecución del contrato. Por lo demás, la utilización del concepto de presupuesto primitivo es indiferente de si se entiende por tal el presupuesto de ejecución material (PEM) o el presupuesto de “contrata” (PEM+GG+BI), determinados en ambos casos tras la adjudicación y deducida en su caso la baja ofertada. Si el importe de las unidades de obra afectadas incluye su parte proporcional de gastos generales y beneficio industrial, el límite del 3% referido al presupuesto primitivo vendrá referido también al presupuesto de la oferta adjudicada que incluya dichos conceptos. Dado que los GG y el BI suelen establecerse como un porcentaje del PEM, normalmente será suficiente verificar el cumplimiento de dicho límite respecto del importe de ejecución material de las unidades de obra afectadas.

Lo mismo puede decirse del concepto de precio inicial del contrato o precio del contrato inicial a los que se refieren los apartados 242.4, excepción (i), y 242.5. En este caso, la utilización del término “precio del contrato inicial” obedece a que el límite se refiere al importe de la repercusión presupuestaria para la administración (incremento del gasto) y al existencia de crédito adecuado y suficiente para su financiación, respectivamente. Pero en ambos supuestos la LCSP se está refiriendo al precio del contrato establecido en su adjudicación y formalización, antes de que pueda haber experimentado ninguna modificación o revisión.

CONCLUSIONES

1. La introducción de unidades de obras adicionales a las inicialmente contratadas, cuando no se encuentre prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares ni se trate de un incremento de las mediciones previstas en el proyecto, constituye una modificación del contrato que solo podrá realizarse cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

2. El presupuesto primitivo es, en todo caso, el primero establecido en el contrato, consecuencia de la oferta adjudicataria del mismo y cuyo importe es el que resulta de la adjudicación. Para la aplicación del límite a la inclusión de precios nuevos que no tendrá la consideración de modificación del contrato, establecido en el artículo 242.4 de la Ley, es indiferente de si se entiende por tal el presupuesto de ejecución material (PEM) o el presupuesto de "contrata" (entendido como el PEM más los gastos generales y el beneficio industrial). Si el importe de las unidades de obra afectadas incluye su parte proporcional de gastos generales y beneficio industrial, el límite del 3% referido al presupuesto primitivo vendrá referido también al presupuesto de la oferta adjudicada que incluya dichos conceptos.

LA SECRETARIA

Vº Bº LA PRESIDENTA
SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO.

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 25 de febrero de 2020