

Junta Superior de Contractació Administrativa

C/ Amadeu de Savoia, 2, 5a planta
46010 VALÈNCIA
Tel.: 961 613 072
Adreça electrònica: secretaria_JSCA@gva.es

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

Informe 4/2019, de 25 de febrer de 2020. Consideració o no de la modificació del contracte per la introducció d'unitats noves. Concepte de pressupost primitiu o preu inicial del contracte en l'aplicació de les excepcions de l'article 242.4 de l'LCSP.

En data 16 de desembre de 2019, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Vinaròs, mitjançant la qual formula una consulta del tenor literal següent:

Antecedents

«Guillem Alsina Gilabert, amb DNI 73389843V, com a alcalde president de l'Ajuntament de Vinaròs, representació que exercisc i acredite mitjançant un certificat de la Secretaria de data 17 de juny de 2019, que adjunte com a document número 1 a aquesta sol·licitud, comparec davant d'aquest òrgan i, de conformitat amb el que recull l'article 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa, el Registre oficial de contractes de la Generalitat, el Registre de contractistes i empreses classificades de la Comunitat Valenciana i la Central de Compres de la Generalitat i s'adopten mesures respecte de la contractació centralitzada, mitjançant aquest escrit sol·licite un informe sobre la base dels següents fets:

Aquest ajuntament en múltiples contractes d'obres que realitza es planteja de manera freqüent la discrepància entre els funcionaris tècnics i jurídics sobre el que s'ha de considerar com una modificació contractual i les que no. Tot això en relació amb la introducció d'una nova casuística que encara no ha sigut aclarida per part dels òrgans consultius o per les resolucions assenyalades pels tribunals en els recursos especials en matèria de contractació.

D'aquesta manera, la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, introdueix en l'article 242.4 *in fine* el següent:

“No obstant això, no tindran la consideració de modificacions:

- i. L'excés de mesuraments, entenent com a tal la variació que durant la correcta execució de l'obra es produísca exclusivament en el nombre d'unitats realment executades sobre les previstes en els mesuraments del projecte, sempre que en global no representen un increment de la despesa superior al 10 per cent del preu del contracte inicial. Aquest excés de mesuraments serà recollit en el certificat final de l'obra.
- ii. La inclusió de preus nous, fixats contradictòriament pels procediments establits en aquesta llei i en les seues normes de desplegament, sempre que no suposen un increment del preu global del contracte ni afecten unitats d'obra que en el seu conjunt excedisca el 3 per cent del pressupost primitiu d'aquest”.

D'altra banda, l'article 162.2 relatiu al “reajustament del termini d'execució per modificacions” del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, en vigor en tot allò que no contradiga la llei, disposa que:

“2. Quan siga necessària l'execució d'unitats noves no previstes en el projecte, el director de les obres elevarà a l'òrgan de contractació les propostes dels preus nous i la repercussió sobre el termini d'execució del contracte. La conformitat per part del contractista als nous preus i a la variació del termini total de l'obra serà una condició necessària per a poder començar els treballs corresponents a les unitats noves”.

D'aquesta manera, sol·licitem un aclariment sobre si la introducció d'unitats noves ha de ser necessàriament una modificació de contracte o si, per contra, i de conformitat amb la novetat introduïda per l'LCSP 9/2017, en l'article 242.2, la inclusió de preus nous es pot donar en unitats noves, o necessàriament ha de ser en les ja existents, o bé podria donar-se en les noves i en les existents ja que no en fa una distinció la mateixa llei.

D'altra banda, també creen confusió els termes en els quals estan redactats els límits als qual es refereix l'esmentat article 242.2 de l'LCSP, ja que estableix que no es considerarà modificació “sempre que no suposen un increment del preu global del contracte ni afecten unitats d'obra que en el seu conjunt excedisca el 3 per cent del pressupost primitiu d'aquest. D'aquesta manera, no queda clar si, respecte al preu global del contracte, s'entén com el d'adjudicació, que, al seu torn, pot ser amb modificació o sense modificació?”. I

finalment, quan l'article 242.2 de l'LCSP diu que en el seu conjunt excedisca el 3 per cent del pressupost primitiu, què hem d'entendre pel concepte de pressupost primitiu?: el pressupost d'execució material (PEM)?, el pressupost d'execució per contracta?, o bé el preu de l'adjudicació?

Com reitere en aquesta sol·licitud, per part dels tècnics no s'han trobat pronunciaments sobre aquest tema, i per això, a l'empara del que es disposa en l'article 9.3 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa, sol·licite:

Únic. Que l'òrgan al qual em dirigisc emeta un informe sobre les qüestions plantejades, amb la finalitat d'aclarir i unificar la disparitat de criteris entre els òrgans gestors que intervenen en la gestió de la contractació d'aquest ajuntament.

No obstant això, l'òrgan al qual em dirigisc actuarà sota el seu superior criteri.»

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

La consulta efectuada per l'Ajuntament planteja diverses qüestions relacionades amb la modificació del contracte d'obres, durant la seua execució, quan es produeix una alteració del projecte inicialment adjudicat. Implícitament, aquestes qüestions plantegen també en quines circumstàncies podrà encomanar-se l'execució d'aquest projecte modificat al mateix contractista que l'estava executant sense necessitat de tornar a convocar una licitació.

Complementàriament, la consulta planteja dubtes més que raonables sobre com han d'interpretar-se les referències en la legislació vigent al pressupost "primitiu" del contracte o el preu "global" del contracte, conceptes jurídicament indeterminats en la mesura que no disposen d'un desplegament reglamentari que els precisen més o els posen en relació amb altres conceptes com el pressupost d'execució material de les obres o el preu del contracte.

Consideració o no de la modificació del contracte per la introducció d'unitats noves

Primer de tot, per a respondre a la consulta de l'Ajuntament, cal recordar prèviament que l'article 203.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara en avant, LSCP), estableix que els contractes administratius només podran modificar-se quan es done algun dels següents casos:

"a) Quan així s'haja previst en el plec de clàusules administratives particulars, en els termes i condicions establits en l'article 204;

b) Excepcionalment, quan siga necessari realitzar una modificació que no estiga prevista en el plec de clàusules administratives particulars, sempre que es complisquen les condicions que estableix l'article 205.

En qualssevol altres supòsits, si fora necessari que un contracte en vigor s'executara de forma diferent de la pactada, hauria de procedir-se a resoldre'l i a subscriure'n un altre sota les condicions pertinents, si és el cas, amb la convocatòria i substanciació prèvies d'una nova licitació pública (...)"

Per tant, la primera qüestió que cal afirmar és que la regulació de les modificacions del contracte d'obres desplegada en l'article 242 de l'LCSP ha de posar-se en relació amb l'anterior precepte, cosa que en cada cas concret pressuposa haver determinat prèviament si l'alteració del projecte inicial ha de considerar-se una modificació del contracte i, si és el cas, en quin dels dos supòsits anteriors es troba aquesta modificació.

Les modificacions que estiguen previstes en el plec de clàusules administratives particulars del contracte hauran d'ajustar-se al que es disposa en l'article 204 de l'LCSP, el qual exigeix que el plec haja establert el procediment que haja de seguir-se per a realitzar la modificació i assenyala, entre altres requisits, dues limitacions importants relacionades amb les qüestions objecte d'aquest informe:

- La modificació no podrà suposar l'establiment de nous preus unitaris no previstos en el contracte (art. 204.1.b, últim incís).

- En cap cas podran preveure's modificacions que puguin alterar la naturalesa global del contracte inicial. "En tot cas, s'entendrà que s'altera aquesta si se substitueixen les obres, els subministraments o els serveis que s'adquiriran per uns altres diferents o es modifica el tipus de contracte. No s'entendrà que s'altera la naturalesa global del contracte quan se substituïska alguna unitat d'obra, subministrament o servei puntual." (art. 204.2).

En conseqüència, cal pressuposar que les situacions o canvis en el projecte inicial que originen els dubtes objecte de la consulta de l'Ajuntament no es refereixen a possibles modificacions previstes en el plec de clàusules administratives particulars del contracte (PCAP, en avant), sinó a si aquests canvis tindran la consideració o no de modificacions no previstes en el PCAP que puguin ser "excepcionalment" necessàries i complisquen els requisits establits en l'article 205 de l'LCSP.



Així es desprén també de l'article 242, apartats 1 i 2, de l'LCSP. L'article 242.1 expressament es refereix a les modificacions que s'acorden de conformitat amb el que s'estableix en l'article 206, que, al seu torn, es refereix als supòsits del 205, això és: a les modificacions del contracte no previstes en el PCAP. Per la seua banda, els apartats 242.2 i 242.4, que motiven la consulta de l'Ajuntament, es refereixen a modificacions en les quals “no siga necessari realitzar una nova licitació”, cosa que ens porta de nou a les modificacions del contracte no previstes en el PCAP només permeses en els supòsits previstos en l'article 205 de la llei.

No obstant això, l'article 242.4 de l'LCSP introdueix també una excepció a les regles generals de l'article 205, establint dos supòsits que “no tindran la consideració de modificacions del contracte:

- i. L'excés de mesuraments, entenent com a tal la variació que durant la correcta execució de l'obra es produïska exclusivament en el nombre d'unitats realment executades sobre les previstes en els mesuraments del projecte, sempre que en global no representen un increment de la despesa superior al 10 per cent del preu del contracte inicial. Aquest excés de mesuraments serà recollit en el certificat final de l'obra.
- ii. La inclusió de preus nous, fixats contradictòriament pels procediments establits en aquesta llei i en les seues normes de desplegament, sempre que no suposen un increment del preu global del contracte ni afecten unitats d'obra que en el seu conjunt excedisca el 3 per cent del pressupost primitiu d'aquest.”

Cal observar que, en ambdós casos, aquestes excepcions no comprenen canvis que suposen la introducció o addició d'unitats d'obra noves i, per tant, respecte de la qüestió plantejada en la consulta ha de concloure's que, en el cas que s'introduïsquen unitats noves, no cal considerar-ho inclòs en l'excepció (ii) i ens trobariem davant de la modificació prevista en el supòsit descrit en l'article 205.2 apartat a), sempre que es complisquen els requisits establits en aquest article i apartat i es tracte d'una modificació no prevista en el PCAP. Segons el parer d'aquesta junta, l'excepció (ii) empara la introducció de preus nous en unitats ja existents, per exemple per canvis o substitució d'alguns dels béns o prestacions que les componen, però no es refereix a afegir unitats addicionals a les inicialment contractades, cosa que podrà ser objecte de la modificació del contracte esmentada si es donen els requisits per a això.

Finalment, cal assenyalar que el que es disposa en l'article 162.2 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, no suposa cap obstacle a la conclusió anterior, ja que simplement detalla un procediment que cal seguir d'indole tècnica sense perjudicar la consideració o no del fet que jurídicament es requerisca una modificació del contracte en els termes establits actualment en l'LCSP.

El concepte de pressupost primitiu o preu inicial del contracte en l'aplicació de les excepcions de l'article 242.4 de l'LCSP.

La segona qüestió plantejada en la consulta de l'Ajuntament es refereix a la interpretació que ha de donar-se al concepte de pressupost primitiu utilitzat per l'LCSP en el mateix article 242.4 per a establir el límit de la inclusió de preus nous sense que aquesta inclusió tinga la consideració de modificació del contracte.

La utilització aïllada d'aquest concepte i l'absència d'un desplegament reglamentari que establisca una definició precisa del pressupost primitiu aconsella una interpretació d'aquest d'acord amb la resta de conceptes utilitzats per l'LCSP, i la pràctica facultativa de l'enginyeria i arquitectura, per a definir els imports del contracte d'obres. Cal pressuposar que el legislador ha utilitzat el terme de “pressupost primitiu” conscientment i volent diferenciar-lo del pressupost d'execució material (PEM), del pressupost de “contracta” (PEM + despeses generals + benefici industrial), del preu del contracte o de qualsevol altre.

La principal diferència que pot deduir-se d'aquests imports és que el pressupost primitiu és, en tot cas, el primer establert en el contracte, conseqüència de l'oferta adjudicatària d'aquest i l'import del qual és el que resulte de l'adjudicació, sense que es veja alterat com a conseqüència de les revisions o modificacions contractuals que, si és el cas, siguen procedents durant l'execució del contracte. D'altra banda, la utilització del concepte de pressupost primitiu és indiferent de si s'entén com a tal el pressupost d'execució material (PEM) o el pressupost de “contracta” (PEM + GG + BI), determinats en els dos casos després de l'adjudicació i deduïda, si és el cas, la baixa oferida. Si l'import de les unitats d'obra afectades inclou la seua part proporcional de despeses generals i benefici industrial, el límit del 3% referit al pressupost primitiu estarà referit també al pressupost de l'oferta adjudicada que incloga aquests conceptes. Atés que els GG i el BI solen establir-se com un percentatge del PEM, normalment serà suficient verificar el compliment d'aquest límit respecte de l'import d'execució material de les unitats d'obra afectades.

El mateix pot dir-se del concepte de preu inicial del contracte o preu del contracte inicial als quals es refereixen els apartats 242.4, excepció (i), i 242.5. En aquest cas, la utilització del terme “preu del contracte inicial” obeeix al fet que el límit es refereix a l'import de la repercussió pressupostària per a l'administració (increment de la despesa) i a l'existència de crèdit adequat i suficient per al seu finançament, respectivament. Però en els dos supòsits l'LCSP s'està referint al preu del contracte establert en la seua adjudicació i formalització, abans que puga haver-ne experimentat cap modificació o revisió.

CONCLUSIONS

1. La introducció d'unitats d'obres addicionals a les inicialment contractades, quan no estiga prevista en el plec de clàusules administratives particulars ni es tracte d'un increment dels mesuraments previstos en el projecte, constitueix una modificació del contracte que només podrà realitzar-se quan es complisquen els requisits establits en l'article 205 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.

2. El pressupost primitiu és, en tot cas, el primer establert en el contracte, conseqüència de l'oferta adjudicatària d'aquest i l'import del qual és el que resulta de l'adjudicació. Per a l'aplicació del límit a la inclusió de preus nous que no tindrà la consideració de modificació del contracte, establert en l'article 242.4 de la llei, és indiferent de si s'entén com a tal el pressupost d'execució material (PEM) o el pressupost de "contracta" (entès com el PEM més les despeses generals i el benefici industrial). Si l'import de les unitats d'obra afectades inclou la seua part proporcional de despeses generals i benefici industrial, el límit del 3% referit al pressupost primitiu estarà referit també al pressupost de l'oferta adjudicada que incloga aquests conceptes.

La secretària

Vist i plau La presidenta

Sotssecretària d'Hisenda i Model Econòmic

Aprovat per la Junta Superior de Contractació Administrativa en data 25 de febrer de 2020.