

**INFORME 6/2024, DE 31 DE MAYO, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA
ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA****OBJETO: CONSULTA SOBRE OBRAS, SERVICIOS O SUMINISTROS ADICIONALES DEL
ART. 205.2 A) DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO****I.- ANTECEDENTES.**

Con fecha 14 de mayo de 2024 se ha presentado una solicitud de informe a la Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, formulada por la Directora de Servicios del Departamento de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes, relativa a cuál debe ser la interpretación del artículo 205.2 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público relativo a las obras, servicios o suministros adicionales a los inicialmente contratados y en que supuestos puede aplicarse el citado artículo.

II.- COMPETENCIA

Según dispone el artículo 27.c) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene entre sus funciones consultivas la de «Informar las cuestiones que en materia de contratación pública sometan a su consideración las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante petición escrita formulada por los Directores o Directoras de los Departamentos del Gobierno Vasco que tengan encomendada la gestión de la contratación o por los representantes legales de las demás entidades del sector público. La competencia de la Junta Asesora alcanzará, asimismo, a las cuestiones que en la misma materia pudieran someter a su consideración las asociaciones y organizaciones de intereses económicos y profesionales a través del órgano que ostente su representación».

La Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de 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 y del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Consecuentemente los informes de la Junta Asesora sólo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes ni para sustituir las funciones que los preceptos legales atribuyen a otros órganos distintos de esta Junta en relación con casos concretos y determinados. Esta misma consideración ha sido recogida por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en diferentes Informes, entre los que cabe citar, a título de ejemplo, los Informes 48/18, 72/18, 97/18 y 31/21; así como en el informe 18/19 de esta Junta.

Por ello este informe va a limitarse a señalar criterios jurídicos de carácter general sin entrar a dirimir las posibles controversias derivadas.

III. CONSIDERACIONES JURIDICAS.

A modo de introducción, cabe señalar que las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE de contratación de la Unión Europea han recogido dentro de sus principios fundamentales la libertad de concurrencia y la no discriminación; junto con ello han establecido tanto normas que aseguran la concurrencia efectiva en la licitación, como mecanismos que eviten la introducción de modificaciones que por su cuantía o naturaleza terminen desvirtuando la licitación primitiva al adjudicarse nuevos contratos sin que se haya tramitado un procedimiento competitivo para tal fin. Por tanto, desde la normativa europea de contratación pública existe la premisa de evitar y corregir excesos, irregularidades o errores en la modificación de los contratos.

Así las citadas Directivas Comunitarias articulan dos grandes grupos de modificación contractual: las previstas en los Pliegos que rigen la contratación y las que resultan imprevisibles. Estas últimas tienen que ser de tal naturaleza que no hubieran podido preverse por un poder adjudicador diligente, esto es, debe tratarse de un hecho extraordinario.

En este sentido, el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE regula en qué medida el órgano de contratación puede incluir modificaciones previstas, señalando que se pueden adoptar con independencia de su valor pecuniario. Ahora bien, el precepto regula el modo y alcance que dispone el órgano de contratación para utilizar el mecanismo de modificación prevista, otorgando flexibilidad, pero a la vez estableciendo requisitos y límites.

Así el art. 72.2 de la Directiva regula las modificaciones de escaso valor, de manera que en cualquier momento se pueden introducir modificaciones en un contrato que representen un

cambio menor de su valor hasta un determinado importe, sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. A fin de garantizar la seguridad jurídica, se establecen umbrales mínimos, por debajo de los cuales no es necesario un nuevo procedimiento de contratación.

En este sentido, el contrato podrá modificarse si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes :

- 1- los umbrales indicados en el artículo 4 relativo a los contratos sujetos a regulación armonizada, y
- 2- el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, o el 15% del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

No obstante, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

Por encima de los indicados umbrales, las modificaciones solo son posibles sin necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las condiciones establecidas en el citado artículo 72 (Considerando 107).

Por otro lado, el art. 72.1.a) señala, en cuanto a las modificaciones previstas en los Pliegos, que podrán realizarse siempre que, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en cláusulas de redacción clara, precisa e inequívoca, entre las que pueden incluirse cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No se establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco.

Entre otros ejemplos, menciona el preámbulo de la Directiva que pueden, con arreglo a los pliegos de cláusulas, disponerse las adaptaciones del contrato que sean necesarias a causa de dificultades técnicas que puedan surgir durante el funcionamiento o mantenimiento; así como también pueden incluirse intervenciones tanto de mantenimiento habitual como de mantenimiento extraordinario, que puedan resultar necesarias para asegurar la continuidad de un servicio público (Considerando 111).

Respecto a las modificaciones no previstas en los Pliegos, el art.72.1 b) recoge, entre otros casos, que podrá realizarse obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original a condición de que cambiar de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas (tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial)

y, además, que dicho cambio genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

En concreto, puede aplicarse esta causa de modificación cuando las entregas adicionales constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue al poder adjudicador a adquirir material, obras o servicios con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas (Considerando 108 DN). No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial.

En nuestro ordenamiento, el art. 204 de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) relativo a las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas, previene que los contratos podrán modificarse, durante su vigencia, hasta el máximo del 20% del precio inicial.

Igualmente, el art. 205 de la LCSP regula las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas, distinguiendo entre prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.

Debe señalarse que con la aprobación de la LCSP ha desaparecido la figura de los contratos complementarios recogida en los arts. 171.b, 173.c y 174.c del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) por lo que toda prestación complementaria habrá que reconducirse a través de estas normas referidas a las prestaciones adicionales del art. 205.2 a). Dicho artículo recoge las posibles modificaciones que, bien no han sido previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o que, habiendo sido previstas, no se ajustan a lo previsto en el artículo 204 de la LCSP, que es el que establece los requisitos y límites de las modificaciones contenidas en los mencionados pliegos.

Consecuentemente la modificación contractual únicamente se produciría cuando se justificase alguno de los supuestos señalados en el art. 205.2 de la LCSP y se limitase a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Así, el citado art. 205.1 establece que las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo 204 solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en su apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

En este sentido, en primer lugar, la modificación debe justificarse en alguno de los supuestos que se enumeran en el apartado segundo del artículo 205 LCSP. Sin embargo, frente al régimen anterior del TRLCSP que recogía un listado de causas objetivas de la modificación o sus circunstancias habilitantes, la LCSP no lo establece. De hecho, únicamente la modificación por circunstancias imprevisibles puede entenderse como un supuesto justificativo en sí mismo (esto es, el acaecimiento de esas circunstancias), puesto que, en el resto de los casos, el supuesto que justifique la modificación será el que la modificación sea necesaria.

En segundo lugar, la modificación debe limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. En consecuencia, una modificación que vaya más allá de lo estrictamente necesario no será válida. De esta manera la regulación exige una estrecha conexión entre causa justificativa y modificado, aunque el artículo 205.1 no especifique cuales son aquéllas.

Respecto a las prestaciones adicionales, el apartado a) del citado art. 205.2 a) señala:

“Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.” (...).

Por tanto, cabe añadir prestaciones adicionales cuando el cambio del contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico que obligaran a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas tan distintas que dieran lugar a incompatibilidad o dificultades de uso o mantenimiento. El precepto recoge así lo previsto en el Considerando 108 de la Directiva europea, de manera que, aunque sin enunciar exhaustivamente, estos trabajos

adicionales pueden consistir en una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes.

Por otro lado, el artículo 205.2 a) debe ponerse en relación con el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE que justifica las adquisiciones adicionales motivadas en problemas derivados de intercambiabilidad e interoperatividad con el «equipo existente», los «servicios» adquiridos o las «instalaciones» existentes. Asimismo, habrá que tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuando interpreta estos conceptos como supuestos que habilitan acudir al procedimiento negociado sin publicidad, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2008, asunto Helicópteros Augusta, C- 337/05, ECLI: EU: C:2008:203, de acuerdo con la cual:

“57. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las excepciones a las normas que tienen como finalidad garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación restrictiva (...). Por lo tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a la Directiva 93/36 de su efecto útil, prever unos supuestos de utilización del procedimiento negociado no previstos en la citada Directiva, como tampoco establecer para los supuestos expresamente previstos por la Directiva nuevas condiciones que tengan por efecto hacer más cómoda la utilización del citado procedimiento.

(...) 59. En el caso de autos, es necesario reconocer que la República Italiana no ha demostrado de modo suficiente en Derecho la razón por la que sólo los helicópteros fabricados por Agusta tienen las características técnicas requeridas. Además, este Estado miembro se ha limitado a señalar las ventajas de la interoperabilidad de los helicópteros utilizados por sus distintos cuerpos. Sin embargo, no ha demostrado de qué forma un cambio de proveedor le habría obligado a adquirir material fabricado según una técnica distinta que pueda provocar incompatibilidad o dificultades técnicas de utilización o mantenimiento desproporcionadas”.

El mismo argumento se empleó en la sentencia del caso C-615/10 Plataformas Giratorias Finlandesas (2012), que señalaba que debe de cumplirse el requisito de objeto (producto militar) y de destino (destinado para fines militares) y la carga de la prueba para poder justificar la exención debe de correr a cargo de los Estados miembros.

Añade el art. 205.2 a) que cuando siendo posible el cambio de contratista, éste genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de los costes para el órgano de contratación. Si bien, en ningún caso debe considerarse como inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

Asimismo, el segundo requisito establece que la modificación en cualquier caso no puede alcanzar, aislada o conjuntamente con otras modificaciones, el 50 % del precio inicial (IVA excluido).

A estos efectos, el Informe 62/2019, de 20 de diciembre de 2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado señala que en los casos en que se justifica realmente que no es posible un cambio de contratista, licitar de nuevo el contrato mediante un procedimiento abierto a la concurrencia es una solución incongruente con la propia naturaleza de las prestaciones complementarias. Para evitar graves inconvenientes derivados de esta circunstancias, hay que realizar una interpretación de las previsiones de la normativa anterior de manera sistemática y congruente con el conjunto de la normativa de contratación pública, dado que el conjunto del ordenamiento jurídico "debe ser un todo lógico y homogéneo que permita reconducir racionalmente los supuestos dudosos para permitir una aplicación razonable de las normas jurídicas, acorde a su letra y a su espíritu", evitando, de esta manera, las contradicciones y las lagunas. Concluye este informe que las obras complementarias que se hayan de realizar después de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se regirán por el artículo 205.2 a) de esta y se tramitarán como una modificación del contrato inicial. En el mismo sentido se pronuncia el Informe 5/2021 de 1 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña.

Cabe señalar que la protección del interés general en la modificación de los contratos exige encontrar un equilibrio entre los principios de eficacia y de competencia, ponderando para ello las circunstancias de cada contrato.

Aunque el citado artículo 205.2 a) no establece si los trabajos adicionales pueden responder a nuevas necesidades que surjan en la ejecución, ésta puede ser una posibilidad jurídicamente viable para lograr la correcta ejecución del contrato cumpliéndose para ello los requisitos establecidos en el citado art. 205.2 a) en relación con el art. 205.1.

Igualmente, la utilización de este supuesto en contratos armonizados deberá dar lugar a la correspondiente publicación en el DOUE conforme al artículo 207 LCSP, sin perjuicio de la publicación en el perfil de contratante prevista para todos los contratos tal como establece el art. 63 de la LCSP.

Por otro lado, el artículo 168.2.º c) de la LCSP, se establece que: " Cuando se trate de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos no podrá, por regla general, ser superior a tres años". Con lo que en el caso de los suministros adicionales puede optarse por el procedimiento negociado sin publicidad del artículo 168.2 c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público o por una modificación contractual cuando se cumplan los requisitos del artículo 205.2 a) de la misma ley.

En el caso de los servicios complementarios la solución, al igual que ocurre con las obras adicionales es aplicar el artículo 205.2 a) de la LCSP por las mismas razones antes señaladas. De ese modo la necesidad de contratar servicios adicionales es tratada como una incidencia en la fase de ejecución del contrato, que justifica una modificación del objeto previsto inicialmente, aplicándose a estas situaciones el régimen del art. 205 de la LCSP.

IV.- ACUERDO

Por lo expuesto, se emite el presente INFORME, en la consideración de que se tendrán en cuenta las precisiones y observaciones aquí recogidas.