



## INFORME 7/2024, DE 31 DE MAYO, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

### OBJETO: CONSULTA SOBRE INTERPRETACIÓN DE VARIOS CONCEPTOS DEL ARTÍCULO 242.4 DE LA LCSP.

#### I.- ANTECEDENTES.

Con fecha 14 de mayo de 2024 se realiza solicitud de informe formulada por el Servicio de Contratación del Departamento de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes sobre la interpretación del artículo 242.4 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 (en adelante, LCSP), con el objeto de fijar un criterio uniforme. Dicha solicitud se dirige a la Dirección de Patrimonio y Contratación.

El escrito de petición de informe formula, literalmente, las cuestiones siguientes:

*“1-. El exceso de mediciones no podrá representar un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial, ¿Qué se debe entender por «precio del contrato inicial»? ¿Cómo se deben efectuar los cálculos?*

*2.-Con arreglo al artículo 242.4, la inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente no se consideran modificaciones cuando no supongan incremento del precio global del contrato. ¿Qué ha de entenderse por precio global? ¿Ha de entenderse por precio global el referido al precio primitivo más los posibles excesos de mediciones y/o modificaciones que hayan podido tener lugar durante la ejecución de la obra, o solamente al precio inicial del contrato?*

*3. Y cuando el artículo 242.4 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?”*

## **II. – CONSIDERACIONES PREVIAS. NORMATIVA DE APLICACIÓN Y COMPETENCIA PARA EMITIR EL INFORME.**

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 JURÍDICAS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 242.4 DE LA LCSP.

La solicitud de informe plantea un análisis del artículo 242.4 de la LCSP con la idea de buscar un criterio uniforme respecto a la interpretación de los diferentes conceptos relativos a precio y presupuesto. El citado artículo dice lo siguiente:

*“4. Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones:*

- a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.*
- b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.*
- c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.*

*No obstante, no tendrán la consideración de modificaciones:*

- 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.”*

Ateniendo lo dispuesto en el texto legal citado y a la consulta planteada surge la necesidad de intentar aclarar los conceptos jurídicos indeterminados indicados en las tres cuestiones, dado que puede dar lugar a diferentes interpretaciones por no poder concluir con total seguridad lo que la norma ha intentado aludir.

Partimos de la base de que el contrato es el mismo, independientemente de que se den o no modificaciones en él, durante todo el proceso de contratación, esto es, desde la fase preparatoria hasta la fase de ejecución no hay variación alguna en el objeto contractual. Por ello, la alusión el apartado i del artículo 242.4 de la LCSP “... *precio del contrato inicial...*” plantea la duda de si el legislador hace referencia al precio fijado al inicio del contrato o no, no quedando claro si se trata del precio de adjudicación.

A la vista de lo expuesto, aunque pueda llegar a generar confusión la redacción, queda claro que el contrato es uno y no va a cambiar. Por tanto, se entiende que el citado precepto se refiere al precio de adjudicación del contrato. Así las cosas, la Junta Consultiva de Contratación del Estado resolvió este debate en su Informe 85/2018, al cual se hace referencia en la solicitud:

*“Ciertamente, la ley no precisa cómo ha de realizarse el cálculo, pero sí ofrece un punto de partida significativo pues alude al concepto del precio del contrato inicial. Esta expresión parece ser poco acertada técnicamente hablando puesto que el contrato inicial no ha cambiado con los excesos de medición, ni tampoco lo haría con una modificación del contrato. Dicho de otro modo, el contrato sigue siendo el mismo; no hay otro diferente. Seguramente la redacción habría sido más precisa si hubiera aludido al precio inicial del contrato, esto es, al precio de adjudicación. Así lo indicamos en nuestro informe 37/2007 en relación con la expresión “precio del contrato primitivo”, donde señalamos que “en dicha expresión debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato resultante del procedimiento de adjudicación”.*

*Recordemos, en este sentido, que la propia Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en el artículo 102 señala que “los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado.” Esta última mención a lo pactado por las partes debe entenderse como una referencia al precio estipulado por la realización de la prestación en el momento de la formalización, que coincidirá con el precio de adjudicación siendo éste, conforme ya afirmamos en nuestro Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, “el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista.”*

Así, cabe entender que la referencia al precio del contrato inicial es la del precio de adjudicación del contrato, esto es, el precio cierto por el cual el contratista va a ser retribuido conforme a lo acordado en la adjudicación.

Teniendo en cuenta lo anterior, permite deducir que el cálculo del 10% procede aplicarlo al precio de adjudicación, y en el supuesto de que exista un exceso de mediciones la cuantía que resulte de dicho cálculo plasmará el límite máximo de incremento que se puede aceptar. Es importante advertir que el exceso de mediciones no debe de tenerse en cuenta ni en el cálculo del valor estimado ni el presupuesto base de licitación, puesto que existe tanto la posibilidad de que se dé como de que no se dé, en definitiva, es un supuesto incierto y aleatorio. El mencionado Informe 85/2018 explica la fórmula a seguir:

*“Una vez que disponemos del punto de partida, parece lógico entender que sobre esta cantidad habrá que calcular el 10% y que la cantidad resultante representará el límite máximo de incremento que puede aceptarse si existe un exceso de mediciones. Por su parte, para el cálculo del importe de la variación habrán de utilizarse los precios que constan en el proyecto y que fueron aceptados por el licitador, ya que los supuestos de exceso de mediciones son cualitativamente diferentes de los de introducción de unidades de obra nuevas o con características diferentes a las del proyecto. En el exceso de mediciones lo que ocurre es que, tras la correcta ejecución de lo previsto en el proyecto, la medición revela que aquel no calculó correctamente las unidades de obra necesarias para llevarlo a cabo y, en consecuencia, los precios han de ser los que en su día se pactaron.”*

Por lo que respecta a la interpretación del apartado ii del anteriormente citado artículo 242.4 de la LCSP, se plantea el análisis de diferentes conceptos, entre ellos, el relativo al precio global del contrato. Al igual que la observación realizada a la explicación de precio del contrato inicial, al hablar de precio global entendemos que la normativa alude al precio de adjudicación del contrato.

En este sentido, la Junta de Contratación Pública del Estado indica lo siguiente en su Expediente: 39/2022. Interpretación del artículo 242.4.ii de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente que no tiene la consideración de modificaciones del contrato:

*“(…) del propio tenor del texto legal resulta que, a fin de no ser considerada como modificación del contrato, la inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente deberá cumplir con una doble exigencia:*

- No suponer un incremento del precio global del contrato.*
- No afectar a unidades de obra que, en su conjunto, excedan del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.*

*La redacción escogida por el legislador lleva a concluir que estamos ante dos límites independientes y diferenciados: de un lado, el relativo al precio del contrato; del otro, las unidades de obra concretas descritas en el proyecto que puedan resultar afectadas, fijando el límite en un porcentaje del presupuesto inicialmente previsto.”*

Por consiguiente, al hablar de precio global de contrato debemos de entenderlo como el precio del contrato, en definitiva, el precio por el que se adjudicó el contrato, o lo que es lo mismo, el precio inicial del contrato.

Finalmente, queda aclarar que se entiende por presupuesto primitivo. El Informe 4/2019 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia, el cual también se menciona en la solicitud, establece lo siguiente:

*“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.”*

En este caso, la utilización del término “presupuesto primitivo” se refiere al precio del contrato establecido en su adjudicación y formalización, antes de que pueda haber sufrido modificación alguna o revisión. A esta aclaración llevada a cabo por la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia hay que sumarle lo arriba mencionado en el Expediente: 39/2022 de Junta de Contratación Pública del Estado en el que se refiere al presupuesto primitivo como el presupuesto inicialmente previsto. A este respecto, el Informe 4/2019 concluye:

*“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.”*

Por todo ello, los tres supuestos planteados (precio del contrato inicial, precio global y presupuesto primitivo) equivalen al precio de adjudicación del contrato.

#### **IV.- CONCLUSIÓN**

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