



Expediente 62/2019

Materia: Aplicación del procedimiento negociado a obras complementarias.

ANTECEDENTES

El Ministerio de Fomento dirigió consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados respecto de contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la ley 9/2017, ¿Cuál es el procedimiento aplicable? ¿Es posible acudir al procedimiento negociado sin publicidad por obras complementarias previsto en el artículo 171b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o, de entenderse imposible el recurso a este procedimiento, es admisible tramitar un expediente de modificación con arreglo al artículo 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?”

La meritada consulta formó parte de una petición más extensa. Por acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se decidió que esta cuestión, por razón de su indudable trascendencia, merecía un análisis independiente mediante la preparación de un informe específico.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta nos inquiere, en primer lugar, sobre la posibilidad de emplear el procedimiento negociado en el caso del artículo 171 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, esto es, para la ejecución de obras complementarias en el caso de los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Aunque la consulta alude también a suministros y servicios



adicionales, respecto de estos haremos un análisis separado de las obras en la medida en que el Departamento consultante menciona expresamente el artículo 171 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, únicamente aplicable al contrato de obras.

El caso planteado en la consulta se ciñe al supuesto de contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la LCSP en que las obras complementarias hayan de realizarse después de su entrada en vigor. En otro caso no se entendería la referencia a la aplicación de la nueva ley.

2. El Artículo 171 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público nos dice que los contratos de obras podrán adjudicarse por el procedimiento negociado, que podrá tramitarse sin publicación de anuncio de licitación en los casos autorizados en el artículo 177, en los siguientes supuestos:

“b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.”

La Disposición Transitoria 1ª de la LCSP indica en su apartado 2 que “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.” Cabe recordar que, bajo la normativa anterior, el contrato inicial y el complementario son dos contratos distintos, aunque relacionados entre sí. Así lo expusimos en nuestro informe de 30 de junio de 1998 y en nuestro



informe 16/99. También destacamos entonces la relación directa que une a ambos contratos cuando concluimos que las obras complementarias no pueden contratarse una vez finalizada la ejecución de la prestación principal, en la medida en que temporalmente se insertan en esa fase de ejecución del contrato principal. La consecuencia que ha de extraerse de lo anterior es que para el supuesto que nos atañe, esto es, contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la LCSP en que las obras complementarias hayan de realizarse después de su entrada en vigor, no cabe la aplicación de lo dispuesto en el artículo 171 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

3. La imposibilidad de acudir a la legislación anterior en estos casos nos obliga a acudir a la legislación vigente puesto que tanto el legislador comunitario como el nacional han mantenido la figura del contrato de obras complementarias, si bien dotándola de una regulación distinta.

En efecto, el artículo 205.2.a) de la LCSP justifica una modificación no prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares en el siguiente caso:

“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.”

Es evidente que bajo la vigencia de ambos regímenes jurídicos se permite a la entidad pública contratante realizar una obra complementaria cuando el cambio del contratista no fuera posible y con el límite del 50% del precio inicial del contrato. Sin embargo, la diferencia fundamental entre ambas normas radica precisamente en la fórmula jurídica aplicable a cada caso pues, como hemos señalado, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público habría que acudir a una nueva licitación (por el procedimiento negociado sin publicidad) y en la LCSP constituye un supuesto de modificación del contrato.

Si, en el caso concreto que es objeto de la presente consulta, consideramos estrictamente que estamos en presencia de un contrato independiente que se debe adjudicar ateniéndose a la regulación contenida en la LCSP, nos encontraríamos con que no cabría la modificación del contrato puesto que el contrato inicial se regía por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Por otro lado, como señalamos en el expositivo anterior, el contrato de obras complementarias ya no está previsto como un supuesto de aplicación del procedimiento negociado. Esta contradicción legal nos llevaría a la conclusión de que sería necesario proceder a una nueva licitación.

Sin embargo, en los casos en que verdaderamente no pueda existir un cambio de contratista, cosa que deberá justificarse sólidamente en el expediente y no por la mera conveniencia de la entidad contratante, una nueva licitación abierta a la concurrencia sería incongruente con la propia naturaleza de la obra complementaria que se haya de realizar.

Para evitar este serio inconveniente, la norma debe ser interpretada de modo sistemático y congruente con el conjunto de la normativa sobre contratación pública. El 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 y evitando las contradicciones y las lagunas.



3. En este supuesto la legislación anterior nos remite a la nueva y, sin embargo, esta última muta la forma de calificar las obras complementarias y remite, a su vez, a la normativa anterior. Se produce, por tanto, una laguna legal que ha de resolverse.

La solución que mejor se adapta a la evolución normativa en esta materia es aplicar al contrato de obras complementarias, incluso aunque tenga su origen en un contrato inicial sujeto al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el régimen de modificación contenido en el artículo 205.2.a) de la LCSP. Y ello es así por las siguientes razones:

- Por la identidad de supuestos que contemplan el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y la LCSP.
- Porque para que estemos en presencia de auténticas obras complementarias conforme a la definición que de ellas contiene la ley no debe ser posible realizar el cambio de contratista por razones de tipo económico o técnico. Por tanto, una licitación en que el contrato se adjudique a un tercero no sería posible.
- Una nueva licitación sería contraria al principio de eficiencia en la utilización de los recursos públicos.
- Mediante la aplicación de la LCSP no quedan afectados los principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, siempre que la imposibilidad de una licitación abierta a la concurrencia se justifique debidamente.
- Porque, aunque estamos en presencia de un supuesto extraño por causa de la incongruencia de los sucesivos regímenes jurídicos aplicables, no parece razonable hacer de peor condición al órgano de contratación ante la falta de coherencia de las normas reguladoras. Nótese que en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se autoriza la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad y que en la LCSP estaríamos en presencia de una mera incidencia de la fase de ejecución del contrato, es decir, de una modificación de su objeto. Ante esta circunstancia no parece descabellado emplear la retroactividad *in bonus* de la nueva norma legal con el fin de garantizar una aplicación coherente de las normas jurídicas.



La anterior conclusión no puede, sin embargo, hacernos olvidar que para que proceda la aplicación del artículo 205.2.a) de la LCSP es imprescindible que se cumplan todas y cada una de las condiciones que el precepto y también el artículo 205.1 b) establecen:

- Que deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados.
- Que el cambio de contratista no fuera posible en los términos descritos en el artículo 205.2.a) 1º de la Ley.
- 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.

De no cumplirse estas condiciones legales, las obras tendrán que ser objeto de una licitación abierta a la concurrencia por el procedimiento que en cada caso corresponda.

Obviamente, este régimen especial sólo debe aplicarse en el estricto caso sometido a consulta. Cualquier otra modificación de un contrato adjudicado bajo la normativa anterior se registrará por aquella.

4. En cuanto a los suministros complementarios el artículo 168.c) 2º de la LCSP, sí que contempla el mismo caso previsto en el artículo 173 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Por tanto, al regular ambos preceptos el procedimiento negociado sin publicidad, esta puede ser una de las fórmulas a emplear. Lógicamente la otra posibilidad es acudir al artículo 205.2 a) en los términos que acabamos de señalar.

Por el contrario, en el caso de los servicios complementarios el artículo 174.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público los contempla como un supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad mientras que en la LCSP se suprime esta posibilidad. En la norma legal vigente la solución, al igual que ocurre con las obras es aplicar el artículo 205.2 a) de la LCSP por las mismas razones señaladas en la consideración jurídica 3 del presente informe.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes



CONCLUSIONES

- 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, incluso aunque dicho contrato se rija por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Para ello es imprescindible que concurran los requisitos previstos en el artículo 205.2.a) y también en el artículo 205.1 b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- Al margen del supuesto específico contemplado en este informe, una modificación de un contrato adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se regirá por la normativa anterior, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1ª de dicha Ley.
- En el caso de los servicios complementarios a que alude el artículo 174 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se aplicarían las mismas conclusiones que para las obras complementarias o adicionales.
- En el caso de los suministros complementarios del artículo 173 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el órgano de contratación podrá acudir al procedimiento negociado sin publicidad, al tratarse de un supuesto expresamente recogido en el artículo 168. c) 2º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público o inclinarse por una modificación cuando se cumplan los requisitos del artículo 205.2 a) de la misma ley.