

COM INCIDEIX EL SISTEMA DE DETERMINACIÓ DEL PREU DELS CONTRACTES PÚBLICS SOBRE LES SEVES POTENCIALS MODIFICACIONS?

Isabel Bobet Viladot
Rafael Gimeno Martínez

Interventors delegats de l'Ajuntament de Barcelona
Col·legi de Secretaris, Interventors i Tresorers d'Administració Local de Barcelona

Sumari: 1. Introducció. Punt de partida i objectius; 2. Antecedents i evolució normativa; 3. La LCSP i els sistemes de determinació del preu dels contractes públics i de les modificacions i variacions que s'hi vinculen; 3.1. Els sistemes de determinació del preu considerats en la LCSP; 3.2. Les modificacions i els altres sistemes d'alteració del preu recollits en la LCSP; 3.2.1. L'extensió del sistema d'excés d'amidaments dels contractes d'obra als contractes de subministraments i serveis; 3.2.2. L'especialitat dels contractes de subministraments i serveis en funció de les necessitats; 4. Altres qüestions derivades d'aquesta regulació; 4.1. Els contractes de la disposició addicional trenta-tresena de la LCSP, com a contractes amb preus unitaris, poden aplicar els increments de fins al 10% del preu que regulen els articles 301 i 309 de la mateixa norma?; 4.2. Quin és el règim de modificacions contractuals que pot aplicar-se en els contractes amb preus fixos o amb pressupost tancat?; 4.3. S'inclou el 10% d'excés d'amidaments en el càlcul del VEC?; 4.4. Com s'acredita el finançament en el cas de l'article 301.2 de la LCSP? I què passa amb els serveis? 5. Quadre resum.

1. INTRODUCCIÓ. PUNT DE PARTIDA I OBJECTIUS

Durant la fase d'execució dels contractes públics, un dels riscos d'infracció de la integritat contractual es concentra en les modificacions contractuals i, en conseqüència, la regulació d'aquestes ha d'anar dirigida a evitar que es conculquin els principis rectoris de la contractació, que amb tanta intensitat s'han blindat en les fases de licitació i adjudicació. A la vegada, cal garantir als poders públics el recurs legítim al *ius variandi*, vinculat a la satisfacció de l'interès públic. Per tant, el repte del legislador és dissenyar un règim jurídic de les modificacions contractuals que sigui garantista i operatiu de la mateixa manera.

La resposta de l'actual Llei de contractes del sector públic (en endavant, LCSP) a aquest desafiament es concreta en una reglamentació que, tot i ser menys restrictiva que l'anterior recollida en els articles 105-107 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2011, del 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), supera en exigència la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (en endavant, Directiva), la qual transposa. Així, la LCSP configura un sistema que inclou:

— Un grup normatiu que constitueix el règim general de les modificacions contractuals (art. 203-207), el qual, tal com fa la Directiva, distingeix dues modalitats en funció de si les variacions necessàries estan previstes en els plecs o no. Així, l'article 204 regula les modificacions previstes en el moment d'aprovar la licitació, limitant-les al 20% del preu del contracte, i l'article 205 s'encarrega de les modificacions no previstes, que poden arribar fins al 50% del preu del contracte, quan concorrin causes justificades.

— Diverses previsions disseminades al llarg de la norma que complementen el règim general: els articles 242 (obres), 301.2 (subministraments) i 309 (serveis) i la disposició addicional (en endavant, DA) trenta-tresena de la LCSP.

La lectura conjunta d'aquest sistema normatiu posa de manifest l'existència d'una relació entre el sistema de determinació del preu del contracte i el règim de modificacions que li és aplicable. I aquesta relació esdevé el germen del present treball, el qual, a partir dels diferents sistemes existents de determinació del preu dels contractes públics, analitzarà el règim de modificacions contractuals aplicable, fent un èmfasi especial en els preceptes que la Llei ubica fora de la subsecció dedicada al règim general i que han donat lloc a no poques dificultats interpretatives.

Des de l'entrada en vigor de la LCSP, aquesta relació entre el sistema de determinació del preu dels contractes i les seves potencials modificacions i altres variacions del preu, ha despertat el nostre interès i, en conseqüència, hem analitzat i discutit en diverses ocasions quina és la interpretació més ajustada d'alguns d'aquests preceptes. Així, hem recopilat les manifestacions doctrinals que han tractat el tema, entre les quals destaquen les enunciades per Teresa Moreo¹ i Èlia Vilaseca,² qui amb les seves tesis han establert les bases que posteriorment han recollit i desenvolupat diferents òrgans consultius; entre aquests, cal ressaltar el paper que ha tingut la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears.

Aquestes referències han donat resposta a moltes de les nostres preguntes, tot i que encara queden alguns interrogants per resoldre, que ens limitarem a assenyalar perquè aquest no és l'objectiu que perseguim. Al contrari, el nostre propòsit és recopilar en un sol document el conjunt d'interpretacions validades per la doctrina de manera sistemàtica i completa, sense altra pretensió que elaborar un document de treball que resulti d'utilitat a companys que, en la seva pràctica professional, es facin preguntes com les que ens fem nosaltres.

Quant a l'organització de l'exposició i considerant que no és possible analitzar la relació existent entre les dues figures sense conèixer les característiques de cadascuna per separat, hem considerat necessari, abans d'entrar a formular i resoldre les qüestions que ens plantejgem, fer una anàlisi dels aspectes més rellevants d'aquestes dues regulacions: la dels sistemes de determinació dels preus, per una banda, i la de les modificacions i altres alteracions del

1. Teresa MOREO MARROIG, «La ejecución del contrato tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017», *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, núm. 60 (setembre 2018), p. 219-258.

2. Èlia VILASECA ARQUÉS, «Contractes amb preus unitaris: modificació per increment d'unitats», *EAPC – Aprofundim en matèria de contractes del sector públic* (blog), 6 d'octubre de 2020, <<https://formaciooberta.eapc.gencat.cat/espaistematics/contractacio/contractes-amb-preus-unitaris-modificacio-per-increment-dunitats.html>>.

preu dels contractes, per l'altra, considerant la regulació actual però també tenint en compte la seva evolució.

2. ANTECEDENTS I EVOLUCIÓ NORMATIVA

Les directives europees mai no han regulat les modalitats de determinació del preu dels contractes, de manera que, quant a l'evolució d'aquests sistemes, ens circumscriurem a les previsions estatals, que no han experimentat grans innovacions. A Espanya, la classificació tradicional s'ha mantingut i avui existeixen dos grans mètodes de fixació del preu dels contractes: el sistema de preus unitaris i el de preus fixos. El primer constitueix el sistema general i el segon, que la mateixa regulació qualifica com a excepcional, es limita a determinats supòsits. Així mateix, i tot i que la normativa no ho indica expressament, en la primera modalitat trobem dues tipologies: preus unitaris quan resulta possible establir exactament el nombre d'unitats que integren la prestació, i preus unitaris quan el nombre d'unitats és estimat perquè es troba supeditat a les necessitats que puguin sorgir durant la vigència del contracte. Per acabar, existeix la possibilitat de configurar contractes amb diferents tipologies de preus, quan la naturalesa de les prestacions tingui característiques pròpies dels diferents sistemes i sigui necessari combinar-los en un mateix contracte.

Les fites recents més destacables de l'evolució d'aquests sistemes han estat, per ordre d'aparició, les següents:

— En primer lloc, l'aparició del concepte de *preu unitari en funció de les necessitats*, que va regular la LCSP del 2007 per als contractes de subministrament, però no per als contractes de serveis.

— En segon lloc, l'expansió d'aquesta previsió als contractes de serveis, que va introduir la disposició final (DF) tretzena de la Llei 8/2013, del 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes, mitjançant la incorporació al TRLCSP del 2011 d'una DA 34a, la qual, a banda d'incloure-hi els serveis, va aportar novetats significatives com ara la necessitat d'aprovar un pressupost màxim sempre que *a priori* no sigui possible concretar el nombre d'unitats requerides amb exactitud, així com la necessitat de tramitar un expedient de modificació contractual, d'acord amb l'article 106 del TRLCSP (modificacions previstes), quan les necessitats reals superessin les previstes, sempre que no s'hagi esgotat l'import compromès. La novació introduïda per la DA 34a va resultar transcendent, ja que fins a aquell moment, tot i que a la pràctica existien realitats que demanaven aplicar als serveis una figura anàloga a la prevista per als subministraments, aquesta no existia legalment i, a més, la doctrina havia negat aquesta possibilitat.

Així mateix, en el dibuix d'aquesta nova modalitat va tenir un paper molt important la Intervenció General de l'Administració de l'Estat³ (IGAE) a través de la Circular 10/2013, del 20 de novembre, a la qual ens referirem més endavant.

3. Circular 10/2013, del 20 de novembre, de la Intervenció General de l'Administració de l'Estat.

Quant a l'altre paràmetre d'aquesta anàlisi, fins a la Directiva del 2014 la Unió Europea no havia entrat a regular les modificacions contractuals, sinó que havia focalitzat els seus esforços en la fase de selecció del contractista, perquè entenia que en aquesta concorrien els majors riscos d'afectar la integritat de la contractació pública.

Davant d'aquesta manca de regulació específica, va ser el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE) qui, amb els anys, va construir una jurisprudència pròpia respecte a aquesta qüestió, establerta sobre els tres pressupòsits següents:

— Les condicions de la licitació s'han de mantenir durant tota l'execució del contracte, ja que són la manifestació d'una correcta selecció del contractista i, per tant, garanteixen l'observança dels principis generals que han de presidir la contractació pública.

— Les alteracions contractuals es poden vehicular a través de modificacions del contracte sempre que aquestes no tinguin «caràcter substancial», cas en què requeriran una nova adjudicació.

— Les futures modificacions s'han de preveure en la documentació que reglamenta la licitació de manera clara, precisa i inequívoca, sempre que sigui possible, i en cas contrari han de respondre a situacions imprevisibles per un poder adjudicador diligent.

A Espanya, la Directiva de contractació del 2004 va ser transposada mitjançant la LCSP del 2007, la qual no emfatitzava aquesta matèria. Ara bé, posteriorment, d'acord amb la doctrina del TJUE, la Comissió Europea va exigir-ne la revisió amb la finalitat d'implementar-hi les pautes assenyalades per l'alt tribunal. En resposta a aquest requeriment, la Llei 2/2011, del 4 de març, d'economia sostenible, va introduir-hi els articles 92 bis a 92 quinquies, els quals van dissenyar una regulació de les modificacions contractuals molt controvertida, que va ser fortament criticada per la seva rigidesa. Així, es va passar d'una regulació molt permissiva amb les modificacions a una que establia que qualsevol modificació d'un import igual o superior al 10% del preu del contracte constituïa una alteració de les condicions essencials de la licitació i, per tant, en requeria una de nova. Tot i les crítiques, aquesta regulació es va mantenir vigent fins a l'entrada en vigor de la LCSP actual.

Quant a les variacions que no requereixen la tramitació d'una modificació contractual, l'únic destacable fins a la LCSP actual és que la Llei del 2007 considerava la figura de l'excés d'amidaments o 10% de la liquidació exclusivament en contractes d'obra.

L'any 2014, amb l'aprovació de la Directiva 2014/24/UE, la Unió Europea va ampliar el seu àmbit objectiu de reglamentació i per primera vegada va regular les modificacions contractuals. Concretament, la Directiva hi dedica els considerants 107-111 i l'article 72, el qual, sota la rúbrica «Modificació dels contractes durant la seva vigència», classifica les modificacions contractuals en dos grups, les previstes i les no previstes, recollint l'essència de la doctrina del TJUE.

Per una banda, l'article 72.1a de la Directiva regula les *modificacions previstes*, les quals admet «amb independència del seu valor pecuniari», sempre que es compleixin una sèrie de requisits. Essencialment, exigeix que hi consti: la previsió en els plecs i una definició clara, precisa i inequívoca. I prohibeix que amb les modificacions es pugui alterar la naturale-

sa global del contracte. D'aquesta regulació destaca l'absència de limitació quantitativa de les modificacions previstes.

Altrament, l'article 72.1*b* i *c* de la Directiva fa referència a les *modificacions no previstes* i imposa que la necessitat ha de derivar de circumstàncies imprevisibles, que no alteri la naturalesa global del contracte i que l'increment del preu derivat de la modificació no excedeixi el 50% del seu valor inicial.

3. LA LCSP I ELS SISTEMES DE DETERMINACIÓ DEL PREU DELS CONTRACTES PÚBLICS I DE LES MODIFICACIONS I VARIACIONS QUE S'HI VINCULEN

El 9 de març de 2018 entra en vigor la LCSP, la qual neix de la necessitat d'incorporar a l'ordenament jurídic espanyol les noves disposicions comunitàries, especialment les contingudes en la Directiva 2014/24/UE, sobre contractació pública.

Pel que fa al sistema de determinació dels preus, la LCSP manté la clàssica distinció entre preus unitaris i preus fixos, i confirma la previsió introduïda l'any 2013 per als contractes de subministraments i serveis amb preus unitaris en funció de les necessitats de l'Administració. Quant a les modificacions contractuals i altres variacions del preu, incorpora una nova regulació de la modificació dels contractes alineada amb les previsions de la Directiva però amb algunes peculiaritats, així com dos articles, el 301.2 i el 309.1, mitjançant els quals sembla estendre la clàssica previsió de l'excés d'amidaments en obres a contractes de subministraments i serveis.

3.1. ELS SISTEMES DE DETERMINACIÓ DEL PREU CONSIDERATS EN LA LCSP

La LCSP manté la regulació anterior, de manera que s'admeten els quatre sistemes que hem assenyalat més amunt i que desenvoluparem tot seguit.

L'elecció d'un d'aquests sistemes és una manifestació de la discrecionalitat de l'òrgan de contractació. En conseqüència, tots els contractes han de motivar de manera suficient i adequada aquesta decisió, tenint en compte que el sistema escollit serà determinant per a establir les retribucions del contractista, així com per a concretar la forma de pagament de les obligacions que es reconeguin.

— *Preus unitaris amb unitats certes*. Aquest sistema és aplicable als contractes en què el preu es determina en funció de les unitats que conformen la prestació i es coneix el nombre exacte d'unitats requerides (unitats d'obra, de prestació, de temps...). Aquest sistema permet establir un pressupost de sortida fix, sobre el qual els licitadors presentaran una oferta a la baixa. L'oferta es formularà a la baixa sobre un pressupost global i el preu d'adjudicació serà el preu ofert. S'autoritzarà crèdit (A) per l'import del pressupost base de licitació i es disposarà (D) l'import de l'oferta guanyadora de la licitació.

Aquest és el sistema general de determinació del preu dels contractes públics, no té caràcter excepcional i, en conseqüència, la motivació que requereix la seva utilització és mí-

nima. La principal implicació de les licitacions amb preus unitaris, unitats certes i pressupost fix és que amb la formalització del contracte neix el dret de l'adjudicatari a percebre la totalitat de l'import fixat i, amb algun matís que veurem més endavant, l'alteració d'aquest import implicarà recórrer al règim general de modificació dels contractes, contingut en els articles 203-207 de la LCSP.

Aquesta modalitat és pròpia dels contractes de resultat i l'exemple paradigmàtic és el cas dels contractes d'obra, on existeixen opcions estandarditzades que permeten elaborar un pressupost del cost total d'una obra partint de preus per unitat. En l'elaboració dels projectes d'obres s'utilitzen codis —com, per exemple, el codi ITeC— que aporta una metodologia que permet valorar diversos paràmetres, com ara el temps, el cost econòmic, la qualitat dels materials o el cost energètic.

Altres exemples de contractes amb preus unitaris i unitats certes poden ser el subministrament del mobiliari per a un nou equipament municipal o un servei de producció, instal·lació, manteniment i retirada de cartells informatius als fanals d'uns carrers determinats per a difondre una activitat concreta. Aquests contractes solen ser de tracte únic, però no necessàriament. No ho és, per exemple, un contracte de serveis amb execucions periòdiques, on està determinat exactament el nombre d'unitats que s'han d'executar en cada període (p. ex., servei de neteja d'oficines amb el nombre d'hores predeterminat en el contracte).

En aquests casos, el sistema utilitzat per a la determinació del preu del contracte és el de preus unitaris, però el sistema de licitació s'assimila al propi d'un contracte amb preu fix, ja que la baixa es presenta sobre el pressupost base de licitació. Ara bé, tot i aquesta semblança, la diferència rau en el fet que l'oferta es fa sobre el pressupost total però descompost en unitats, de manera que els contractes amb preus unitaris i unitats certes, i específicament els contractes d'obra, requereixen un mesurament cert de les unitats realment executades. Aquest amidament definitiu permet que la certificació final inclogui els corresponents ajustos entre allò pressupostat i allò executat. Aquest procés, propi dels contractes d'obra, és un dels aspectes que desenvoluparem més endavant, ja que es tracta del principal mecanisme que permet alterar el preu del contracte sense haver de tramitar un expedient de modificació contractual, sempre que concorrin una sèrie de requisits que analitzarem en el subapartat 3.2.

— *Preus unitaris amb unitats estimades.* En aquest sistema el preu del contracte es determina també en funció de les unitats de prestació, però, a diferència del sistema anterior, aquí no és possible fixar amb exactitud el nombre d'unitats que s'executaran, ja que es troben superadades a les necessitats que puguin sorgir durant la vigència del contracte. És el sistema propi dels contractes de serveis i subministraments, on l'element temporal cobra una rellevància especial perquè el que es pretén és que l'Administració tingui la certesa que l'empresa contractista li subministrarà o li prestarà el servei quan ho necessiti i durant un període concret. En aquest sistema caldrà fixar un pressupost base de licitació màxim, calculat a partir d'uns preus unitaris i de les unitats d'execució que s'estima que necessitarà l'administració contractant durant la vigència del contracte. Aquí, per tant, el pressupost base de licitació no es configura com un pressupost de sortida a partir del qual els licitadors faran ofertes a la baixa, sinó que es tracta simplement d'un límit màxim de despesa a mode de bossa pressupostària que es podrà esgotar o no. Les ofertes dels licitadors ho seran respecte a cadascun dels preus unitaris, que

esdevenen els autèntics preus de sortida, i, si bé en el moment de l'adjudicació caldrà disposar (D) la despesa, en principi pel mateix import del crèdit autoritzat (A), els veritables preus d'adjudicació seran els diferents preus unitaris oferts per l'empresa adjudicatària.

A diferència del sistema de preus unitaris amb unitats certes, en aquest cas, si les necessitats reals són inferiors a les que es van estimar per a la licitació, el contractista no té dret a cap indemnització i l'Administració pot alliberar el crèdit sense necessitat de modificar el contracte, amb la mera reforma de l'expedient comptable, anul·lant part del crèdit autoritzat i disposat, tal com confirma la IGAE en la circular esmentada abans. En canvi, en cas que les necessitats de l'Administració superin el crèdit disposat, serà necessari tramitar, amb caràcter previ a l'esgotament del crèdit, un expedient de modificació contractual en els termes de l'article 204 de la LCSP, en concordança amb la DA 33a de la mateixa norma. D'acord amb aquesta regulació, si no es compleixen els requisits esmentats, caldrà iniciar una nova licitació. En resum, si sobra crèdit perquè les necessitats són inferiors a les previstes o perquè, tot i no ser inferiors, el contracte s'ha adjudicat amb preus unitaris inferiors als de sortida, no caldrà tramitar una modificació, però si les necessitats són superiors a les estimades inicialment i el crèdit disposat resulta insuficient, haurem de modificar el contracte.

Aquest punt posa de manifest una de les principals característiques del sistema, puix que si el preu del contracte es determina mitjançant preus unitaris amb unitats certes, tant l'increment com el decrement requeriran la tramitació d'una modificació contractual en els termes recollits en els articles 203-207 de la LCSP, mentre que en els contractes amb preus unitaris i amb unitats estimades, aquest requeriment només apareixerà respecte als increments i amb subjecció als matisos de la DA 33a de la LCSP.

Exemples d'aquest sistema són els contractes de subministrament consistents en l'arrendament de material divers (taules, cadires, equips de música, micròfons...) per a esdeveniments a la via pública que es puguin celebrar durant un període, o els de serveis d'impartició de cursos de natació amb preus unitaris per monitor i hora, on no es pot precisar la demanda de participació que hi haurà i, per tant, no es pot fixar un nombre d'hores exacte de prestació. I, com a contrapunt dels exemples esmentats en l'apartat anterior, cal dir que escauria aplicar el sistema de preus unitaris segons les necessitats, als contractes de subministrament de mobiliari on no sigui possible determinar *a priori* el nombre d'unitats que s'han de subministrar perquè estan destinats a cobrir totes les necessitats del conjunt d'equipaments de l'administració contractant, o, en igual sentit, podrien establir-se preus unitaris que s'haurien de determinar en funció de les necessitats, en els contractes de serveis de producció, instal·lació, distribució, manteniment i retirada de cartells publicitaris destinats a cobrir totes les necessitats de l'administració contractant durant un termini determinat.

— *Preu fix*. Es tracta d'un sistema excepcional de determinació del preu dels contractes. S'utilitza únicament quan no és possible quantificar els diferents components que integren una prestació, de manera que cal que la pròpia naturalesa del contracte admeti l'ús d'aquesta modalitat.⁴

4. Miguel Ángel CONSUEGRA REVUELTA, «Las obras a tanto alzado: diversos aspectos a tener en cuenta en su fiscalización», *Revista de Auditoría Pública*, núm. 57 (2012) p. 45-54.

Es caracteritza per l'absència de vinculació amb cap unitat de mesura, ja que s'associa directament amb la consecució d'un resultat. Pot aplicar-se a tot l'objecte del contracte, però a la pràctica és comú utilitzar aquest recurs per a pressupostar prestacions puntuals que no poden fragmentar-se en unitats apreudades singularment, les quals s'incorporen al pressupost base de licitació com a partides alçades per justificar o partides alçades d'abonament íntegre. Així, aquesta modalitat d'establiment del preu a la pràctica es manifestarà, majoritàriament, en contractes amb el preu determinat per sistemes híbrids.

Un exemple de l'ús d'aquesta modalitat de determinació del preu seria un contracte de serveis per a la redacció d'un estudi o informe concret, o per a la redacció d'un projecte d'obres.

Tot i tractar-se d'un sistema excepcional, amb una regulació escassa i poca incidència pràctica, curiosament disposa d'una especialitat pròpia, aplicable únicament als contractes d'obra. Es tracta del sistema de preu tancat, regulat en l'article 241 de la LCSP, en el qual es garanteix que el preu ofert per l'adjudicatari es mantindrà invariable, sense que sigui possible abonar les modificacions que siguin necessàries per a corregir deficiències o omissions del projecte sotmès a licitació, sempre que es compleixin una sèrie de requisits.

— *Preus híbrids o combinats.* Els sistemes anteriors de determinació del preu no són excloents entre si, sinó que poden coexistir en una mateixa licitació sempre que s'apliquin a partides diferents, tal com es desprèn de l'article 102.4 de la LCSP quan diu que els contractes fixos es podran aplicar a la totalitat o a part de les prestacions del contracte. En aquests supòsits, la Llei no ens indica expressament com s'han de conjugar a la pràctica els diferents sistemes de determinació del preu d'un contracte, si bé en aquests casos és habitual dividir el preu del contracte en tants grups com sistemes de determinació del preu s'apliquin a les diferents partides, i cada grup es regeix pel seu règim específic i, a la vegada, vetlla perquè el contracte en el seu conjunt compleixi amb els paràmetres establerts legalment. Són exemples d'aquest sistema de determinació del preu:

a) *Combinació de preus unitaris amb unitats certes i preus fixos.* Tenen el seu major exponent en els contractes d'obra. De vegades, algunes partides del projecte d'obres no admeten una descomposició en unitats i, en aquests casos, es pot fixar un preu parcial que englobi la part de la prestació indivisible, la qual haurà de ser susceptible d'entrega parcial i no s'inclourà en el mesurament general que s'incorporarà a la certificació de final d'obra. En podria ser un exemple la reforma d'una plaça mitjançant un projecte d'obra ordinari amb el sistema de preus unitaris segons el codi ITeC, el qual inclogués la restauració d'una creu de terme centenària amb valor historicoartístic. En aquest cas, una opció seria incloure en el projecte una partida fixa comprensiva d'aquesta restauració en conjunt. Caldria motivar la impossibilitat de descompondre-la en unitats i acreditar que serà susceptible de recepció independent. I, així mateix, com veurem més endavant, s'haurà de vetllar perquè l'import que representa no s'inclouï en la revisió final d'amidaments.

b) *Combinació de preus unitaris amb unitats certes i preus unitaris amb unitats estimades.* Es dona quan en un contracte en què el preu es determina en funció d'unitats de prestació, coexisteixen diverses prestacions i algunes es poden determinar amb exactitud en

la fase de preparació del contracte, de manera que són susceptibles de generar un pressupost fix, mentre que d'altres no permeten aquesta concreció i, per tant, resten supeditades a les necessitats reals de l'administració contractant. Com a mostra podem esmentar un contracte de serveis que tingui per objecte la gestió integral d'una residència per a gent gran. En aquest cas, el pressupost base de licitació estarà integrat per una part certa (resultat de multiplicar el nombre exacte de places, per exemple, per un preu unitari calculat a partir dels serveis mínims) i una part variable (que correspon a unitats de serveis indeterminables numèricament, com els de perruqueria o podologia, o fins i tot el subministrament d'àpats), que es poden configurar com a variables, amb un preu unitari i una estimació inicial del nombre d'unitats. En aquest cas, per tant, el pressupost base de licitació estarà format pel pressupost cert global i el pressupost variable màxim. Així, en l'adjudicació del contracte es disposarà un crèdit per un import equivalent a l'oferta feta sobre la part global del pressupost, més el pressupost màxim de la part variable.

Per tancar aquest apunt sobre els sistemes híbrids de determinació dels preus, ens referirem a les retribucions que, sota la denominació de *provisions*, recullen obligacions de fer valorades econòmicament, les quals s'integren en el pressupost base de licitació, però no són susceptibles de baixes licitatòries. Són imports fixos que integren la prestació amb caràcter fix i definitiu i que actuen com a incentiu a participar en la licitació, de manera que generen obligacions que es traslladen tancades a l'adjudicatari. En aquest sentit, seguint amb l'exemple anterior, el plec podria haver previst una provisió econòmica per a fer una auditoria de qualitat del servei, una altra per a garantir la realització de tasques ordinàries de manteniment de l'immoble o, fins i tot, una per a l'execució d'un projecte de musicoteràpia dissenyat prèviament com a part del servei. Aquestes provisions formen part del pressupost base de licitació i no admeten ofertes a la baixa. Per tant, en la fase d'adjudicació, aquests imports es comprometran íntegrament a favor del licitador que resulti seleccionat.

3.2. LES MODIFICACIONS I ELS ALTRES SISTEMES D'ALTERACIÓ DEL PREU RECOLLITS EN LA LCSP

En aquest punt no ens estendrem, sinó que focalitzarem l'anàlisi en els aspectes que més ens interessin, com ara les alteracions derivades d'excessos d'amidaments o l'increment del nombre d'unitats fins al 10% del preu i les peculiaritats de les modificacions previstes en la DA 33a.

No obstant això, amb caràcter previ volem referir-nos a un element de la regulació general que sí que resulta destacable: quan l'article 204 de la LCSP transposa a l'ordenament jurídic espanyol l'article 72.1a de la Directiva 2014/24/UE, ho fa limitant les modificacions previstes en la documentació contractual al 20% del preu del contracte, però aquesta limitació no està prevista en la norma europea, la qual no fixa cap percentatge màxim. En relació amb això, és interessant remarcar que hi ha un sector minoritari de la doctrina⁵ que considera

5. Xavier CODINA GARCÍA-ANDRADE, «La incompatibilidad con el derecho de la Unión Europea del límite del veinte por ciento establecido en el artículo 204 LCSP para las modificaciones previstas», *Observa-*

que l'article 204 de la LCSP vulnera l'article 72 de la Directiva i que, en conseqüència, no escau aplicar un topall del 20% a les modificacions previstes, perquè entén que aquest article neix amb vocació de plena harmonització i, per tant, té un efecte directe en l'ordenament jurídic estatal, amb independència del que digui la transposició.

La doctrina majoritària, però, no ha entrat a discutir aquesta limitació i ha emfatitzat l'obertura que ha representat en comparació amb el règim anterior. En aquest sentit, comparim les paraules de Moreo Marroig:⁶

En mi modesta opinión, el régimen general del modificado comprendido en el artículo 204 y 205 de la LCSP destila una generosidad inexistente en el antiguo régimen establecido en los artículos 105 a 107 del TRLCSP. Esta generosidad es tributaria sin duda de la novedosa regulación que la DCP despliega en el artículo 72, interpretado de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, como disponen los considerandos 107 a 110 de dicha directiva. [...] Es posible que, con la Ley de economía sostenible, España fuera demasiado lejos en el régimen jurídico establecido en aquel momento. Podría pensarse que el legislador no solo manifestó un «intento de negar la evidencia», sino que además, con cierto encono, probablemente desbordó los límites dibujados por el Tribunal de Justicia en sus sentencias referidas al tema de la modificación de los contratos. No es extraño porque, como ya he manifestado, la modificación de los contratos es un área especialmente proclive a la producción de actos de corrupción.

A banda d'aquest límit del 20% per a les modificacions previstes, la resta de la regulació sobre modificacions contractuals es manté fidel a l'establerta per la Directiva. És a dir, dissenya un model dividit en dos supòsits de modificació alternatius la DA: un de referit a les modificacions previstes en els plecs de clàusules administratives particulars (art. 204 de la LCSP) i l'altre, a les que no s'hi troben previstes (art. 205 de la LCSP). Així mateix, recull la consolidada conceptualització europea respecte a les modificacions substancials i determina els supòsits que requereixen sempre una nova licitació.

Fet aquest apunt sobre el règim general, passem directament a analitzar les normes que tenen major incidència en l'assumpte que ens ocupa.

3.2.1. *L'extensió del sistema d'excés d'amidaments dels contractes d'obra als contractes de subministraments i serveis*

En aquest cas, per a començar, reproduïrem de manera literal les tres previsions que fa la LCSP respecte a aquesta qüestió, perquè considerem que l'heterogeneïtat dels redactats introdueix elements que poden tenir incidència a l'hora d'interpretar-ne l'abast i les implicacions pràctiques.

torio de Contratación Pública (blog), 23 de gener de 2023, <<https://www.obcp.es/opiniones/la-incompatibilidad-con-el-derecho-de-la-union-europea-del-limite-del-veinte-por-ciento>>.

6. Teresa MOREO MARROIG, «La ejecución del contrato tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017», p. 219-258.

— *Contractes d'obra**Article 242. Modificació del contracte d'obres*

[...]

4. [...]

c) [...]

No obstant això, no tenen la consideració de modificacions:

i. L'excés de mesuraments, entenent com a tal la variació que durant l'execució correcta de l'obra es produeixi exclusivament en el nombre d'unitats realment executades sobre les previstes en els mesuraments del projecte, sempre que en global no representin un increment de la despesa superior al 10 per cent del preu del contracte inicial. Aquest excés de mesuraments s'ha de recollir en la certificació final de l'obra.

— *Contractes de subministrament**Article 301. Pagament del preu*

[...]

2. En el contracte de subministraments en què el preu es determini mitjançant preus unitaris, es pot incrementar el nombre d'unitats a subministrar fins al percentatge del 10 per cent del preu del contracte, al qual es refereix l'article 205.2.c).3r, sense que calgui tramitar l'expedient de modificació corresponent, sempre que així s'estableixi en el plec de clàusules administratives particulars i s'hagi acreditat el finançament corresponent en l'expedient originari del contracte.

— *Contractes de serveis**Article 309. Determinació del preu*

1. [...]

En els casos en què es determini el preu mitjançant unitats d'execució, no tenen la consideració de modificacions, sempre que s'hagi establert així en el plec de clàusules administratives particulars, la variació que durant l'execució correcta de la prestació es produeixi exclusivament en el nombre d'unitats realment executades sobre les que preveu el contracte, les quals es poden recollir en la liquidació, sempre que no representin un increment de la despesa superior al 10 per cent del preu del contracte.

La figura de l'excés d'amidaments en contractes d'obres (amb preus unitaris) té una llarga tradició en el nostre ordenament jurídic. Es justifica per la dificultat de redactar un projecte d'obres amb absoluta precisió i té per finalitat facilitar l'execució del contracte al marge del règim general de les modificacions. Cal subratllar dues qüestions:

— L'excés d'amidaments es refereix exclusivament a les unitats d'obra incloses en el projecte d'obres, mentre que la introducció de noves unitats d'obra sempre té la consideració de modificació; també d'acord amb la interpretació que diversos òrgans consultius⁷ han fet

7. Informe 85/2018, del 25 de maig de 2020, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat;

de la segona excepció al règim general de modificacions que incorpora per primera vegada la LCSP en el punt ii de l'article 242.4c, segons el qual aquesta segona excepció permetria només l'aprovació de preus nous en unitats ja previstes en el projecte d'obres. Per tant, la incorporació en una obra d'unitats d'obra no previstes en el projecte s'ha de tramitar sense excepció com a modificació contractual, en concret d'acord amb el que disposa l'apartat 2 de l'article 242 LCSP.

— L'excés d'amidaments es refereix a la variació en el nombre d'unitats realment executades respecte a les previstes en les cubicacions del projecte. És a dir, no són resultat de canvis de criteri ni de l'aparició de noves necessitats durant l'execució de les obres. És evident que si l'objecte del contracte és pavimentar 100 m² de carrer, no podrà tenir el tractament d'excés d'amidaments pavimentar 7 m² addicionals que no estaven previstos en el projecte, encara que no calgui incorporar noves unitats d'obra. Ara bé, si per a pavimentar els 100 m² objecte del projecte cal utilitzar 1.080 unitats de quitrà, però el projecte en preveia només 1.000, sí que ens trobarem davant d'un excés d'amidaments que no tindrà la consideració de modificació.

La vigent LCSP inclou en els contractes de subministraments i serveis, per primera vegada, previsions similars al tradicional excés d'amidaments del contracte d'obres. Són l'article 301.2 per al contracte de subministraments i el 309.1 per al de serveis. L'heterogènia redacció d'aquests preceptes ha donat lloc a certa controvèrsia i ha plantejat molts dubtes en la seva aplicació. Ja anunciem que tenim més preguntes que respostes.

Sobre si aquests preceptes suposen o no una extensió dels sistema d'excés de d'amidaments als contractes de subministraments i serveis, disposem sobretot del criteri de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, que en l'Informe 26/2023, del 18 de juliol, i en referència a l'article 309.1 de la LCSP afirma:

Este precepto tiene su regulación paralela en la de los excesos de mediciones de los contratos de obras regulados en el 242.4.i) de la LCSP y en lo dispuesto para el contrato de suministros en el artículo 301.2 de la misma norma. Como ya señaló esta Junta Consultiva en sus informes 27/2012 y 85/18, respecto al contrato de obras, estamos en presencia de supuestos específicos, dotados de una regulación expresa, que tienen por finalidad facilitar la ejecución de los contratos al margen del régimen general de los modificados de los contratos y cuya regulación responde a las exigencias propias de cada tipo contractual.

Todos estos supuestos tienen como rasgo común su no consideración de modificación contractual, no obstante la concurrencia de un elemento característico de la modificaciones como es la existencia de variaciones en la ejecución del contrato respecto a la fijadas inicialmente en el mismo. En tales casos, concurriendo los requisitos en ellos previstos, se produce el efecto de la no aplicación de los preceptos relativos a las modificaciones de los contratos tanto en lo que se refiere a sus aspectos sustantivos como procedimentales (artículos 203 a 207 de la LCSP). Por ello, y dada la excepcionalidad de su no consideración como modificaciones, sólo cabe su aplicación en los casos y con los límites establecidos específicamente para cada tipo contractual.

Informe 4/2019, del 25 de febrer de 2019, de la Junta Consultiva de la Comunitat Valenciana, i Informe 2/2022, del 21 de febrer, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó.

També en la doctrina trobem opinions tendents a equiparar aquests dos supòsits amb l'excés d'amidaments del contracte d'obres. És el cas, per exemple, de Teresa Moreo Marroig, que parla d'«[e]xceso de medición sin expediente de contratación también en suministros y en Servicios».

Finalment, també ens sembla interessant destacar que la *Guía marco para control financiero permanente de la contratación pública*, de la IGAE, en l'apartat relatiu a les proves d'auditoria específiques inclou la referència següent:

En los contratos de suministros con precios unitarios en los que se ha incrementado el número de unidades a suministrar hasta el 10% del precio del contrato (exceso de medición), comprobar que se cumplen las siguientes condiciones:

- a) el incremento estaba previsto en los PCAP,
- b) acreditación de la correspondiente financiación en el expediente originario,
- c) no se ha tramitado modificación.

(Art. 301.2 LCSP)

Per tant, sembla que aquests dos nous supòsits s'interpreten majoritàriament en el sentit d'equiparar-los amb l'excés d'amidaments del contracte d'obres, que, com ja hem dit, té una llarga tradició. Des del nostre punt de vista, però, no s'acaba d'entendre que preceptes tan diversos es considerin supòsits paral·lels. Per una banda, l'article 309.1 de la LCSP (serveis) reproduïx essencialment l'article 242.4 de la mateixa llei (obres), mentre que l'article 301.2 (subministraments) té una redacció singular que, amb o sense intenció del legislador, planteja dubtes sobre si realment està regulant o no una figura equiparable amb l'excés d'amidaments.

Els articles 242.4 (obres) i 309.1 (serveis) de la LCSP coincideixen a destacar que l'increment del preu fins al 10% ha de reunir les característiques següents:

— S'ha de motivar la vinculació entre l'excés i l'execució correcta del contracte. Per *execució correcta* s'entén, perquè així ha estat sempre en les obres, execució ajustada al projecte o al plec de condicions tècniques. Per tant, no sembla que sigui possible utilitzar l'article 309.1 de la LCSP en serveis com un títol habilitador per a executar en qualsevol circumstància un 10% addicional per sobre del previst en el contracte, sinó que s'ha d'acreditar que l'increment és el resultat necessari d'haver d'executar el servei conforme al contracte.

— L'increment s'ha de limitar, exclusivament, a l'execució de més unitats que les previstes inicialment, sense que sigui possible incloure'n de noves. És a dir, la variació ha de ser en el nombre, no en la tipologia.

— L'ajust s'ha de posar de manifest, en tot cas, en la fase final del contracte, com a resultat de la comparativa entre el mesurament determinat inicialment i el real.

— L'increment de la despesa de fins al 10% del preu inicial del contracte no té la consideració de modificació contractual.

Per la seva banda, en l'article 301.2 de la LCSP (subministraments), si bé l'increment s'ha de limitar, com en les obres i els serveis, al subministrament de més unitats que les previstes inicialment, sense que sigui possible incloure'n de noves, en canvi no s'hi reproduïxen

les altres previsions dels articles 242.4 (obres) i 309.1 (serveis) de la mateixa llei. Al contrari, de la literalitat de l'article 301.2 es desprèn que:

— No consta la limitació per vinculació a l'execució correcta del contracte, sinó que només es diu que els contractes de subministrament amb preus unitaris *poden augmentar* el nombre d'unitats que s'han de subministrar fins al 10% del preu del contracte. Per tant, aquesta no menció d'una execució correcta podria interpretar-se en el sentit que no cal justificar que l'augment es deu a simples errors de càlcul. Per exemple, en un contracte l'objecte del qual sigui el subministrament d'extintors a totes les sales de les quaranta biblioteques de la ciutat, no és el mateix que calgui incrementar el nombre d'extintors que s'han de subministrar perquè no es va comptar correctament el nombre de sales en el moment de preparar la documentació contractual, que modificar, durant l'execució del contracte, el criteri segons el qual s'havia d'instal·lar un extintor per sala, per un altre criteri segons el qual se n'han d'instal·lar dos a les sales amb major afluència. En el primer cas ens trobem amb un excés d'amidaments, mentre que en el segon ens trobem davant d'un canvi de criteri. Permet aquest article 301.2 de la LCSP tots dos casos o només el primer?

— Quant al moment procedimental en què escau apreciar l'increment, no consta cap referència en aquest sentit, de manera que, s'entén, pot apreciar-se tant al final com durant l'execució.

— La principal diferència entre aquestes dues regulacions rau en el fet que en els subministraments no es nega la naturalesa de modificació contractual de l'increment, com hem vist en les obres i els serveis, sinó que, al contrari, l'article 205.2c.3r de la Llei (modificacions no substancials) fa una referència expressa en aquest sentit i indica que en aquests casos *no serà necessari tramitar l'expedient de modificació corresponent*.

Per tant, almenys a simple vista, les alteracions de preu que estem analitzant no tenen la consideració de modificació contractual en les obres i els serveis, mentre que en els subministraments sí que sembla que es qualifiquin com a modificació no prevista en els plecs, tot i que deslliurada de l'obligació de tramitar l'expedient corresponent.

Una de les preguntes que ens evoca aquesta regulació és la següent: si la remissió que fa l'article 301.2 de la LCSP a l'article 205, afegida al fet que no en nega el caràcter de modificació, sinó que l'eximeix de la tramitació, podria implicar que el 10% addicional de l'article 301.2 computés dins del límit del 50% de les modificacions imprevistes de l'article 205. ¿Ens està dient aquest article que quan en els subministraments amb preus unitaris haguem d'incrementar fins al 10% del preu el nombre d'unitats que s'han de subministrar per raons d'interès públic, tot i ser una modificació imprevista no substancial de l'article 205.2c, no caldrà tramitar-la com a tal? I, si fos així, com és possible que l'article 301.2 hagi qualificat tal situació com de modificació no substancial de l'article 205.2c sense tenir en compte la resta de factors que determinen que una modificació sigui substancial (per exemple, que el valor de la modificació suposi una alteració en la quantia del contracte que impliqui superar el llindar del contracte harmonitzat)?

Des del nostre punt de vista, aquests contrastos tenen prou entitat per a haver obert debats o, fins i tot, per a haver donat lloc a tractaments diferencials. Però no ha estat així. En

conseqüència, ara per ara, considerem que el més sensat actualment, vistos els pronunciaments de la Junta Consultiva («Todos estos supuestos tienen como rasgo común su no consideración de modificación contractual») i de la doctrina, és donar un tractament anàleg a les tres regulacions, sempre que sigui possible; amb independència del tipus contractual i sens perjudici de la necessitat de respectar en cada supòsit els requisits establerts expressament, com, per exemple, l'acreditació del finançament o la necessitat en serveis i subministraments d'incloure expressament en el plec de clàusules administratives particulars la possibilitat d'aplicar les previsions dels articles 301.2 i 309.2 de la Llei.

Un altre element que contribueix a la confusió és la referència expressa que fan tots tres preceptes als preus unitaris, sense concretar si es refereixen als preus unitaris amb unitats certes, amb unitats estimades o als dos. I aquesta és la situació que dona lloc a la principal qüestió que cal resoldre ara, és a dir, si aquesta possibilitat d'incrementar les unitats fins al 10% del preu és o no aplicable a les dues modalitats de preus unitaris. La incertesa resulta evident quan, per una banda, estem davant l'extensió d'una figura pròpia del contracte d'obres, paradigma dels contractes amb preus unitaris i amb unitats certes, als contractes de serveis i subministraments, però, per l'altra, tenim que la redacció literal de la Llei no circumscriu aquesta possibilitat als preus unitaris amb unitats certes. Aquesta és una de les qüestions que resol la Junta Consultiva de les Illes Balears i que necessita una anàlisi prèvia de la DA33a de la LCSP. Per tant, tornarem a abordar aquesta qüestió més endavant.

3.2.2. *L'especialitat dels contractes de subministraments i serveis en funció de les necessitats*

Com ja hem anat veient, la LCSP incorpora la disposició addicional 33a, relativa a les peculiaritats dels contractes de subministraments i serveis en funció de les necessitats i els preus unitaris amb unitats estimades. Aquesta DA 33a confirma la previsió introduïda en el TRLCSP el 2013 i diu:

[...] En cas que, dins de la vigència del contracte, les necessitats reals siguin superiors a les estimades inicialment, s'ha de tramitar la modificació corresponent. A aquests efectes, s'ha de preveure en la documentació que regeixi la licitació la possibilitat que es pugui modificar el contracte com a conseqüència d'aquesta circumstància, en els termes que estableix l'article 204 d'aquesta Llei. La modificació s'ha de tramitar abans que s'esgoti el pressupost màxim aprovat inicialment, i amb aquesta finalitat s'ha de reservar el crèdit necessari per cobrir l'import màxim de les noves necessitats.

La primera pregunta que ens fem després de llegir aquesta disposició és si els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes de subministraments i serveis en funció de les necessitats i els preus unitaris amb unitats estimades han de preveure forçosament una modificació de fins al 20% del pressupost màxim. La resposta només pot ser afirmativa. La disposició s'expressa en termes imperatius: «s'ha de preveure» i «s'ha de tramitar». La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, en l'Informe 5/2016, del 25 de febrer, amb la DA 34a del TRLCSP en vigor, ja va indicar aquesta

necessitat. De manera més rotunda, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears ha dit en l'Informe 1/2024, del 27 de juny:

En los contratos de suministros y servicios en función de las necesidades regulados en la DA 33a, la previsión de una modificación del contrato no es potestativa del órgano de contratación, sino que hay que preverla obligatoriamente en el PCAP y en el contrato que se formalice; y cuando las necesidades reales sean superiores a las estimadas inicialmente se tendrá que tramitar el modificado en los términos del artículo 204 de la LCSP.

La segona qüestió que ens podem plantejar en relació amb aquests contractes és si minorar abans de la liquidació el crèdit màxim disposat és o no una modificació contractual. La resposta és evidentment negativa. La Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en l'Informe 17/12, del 14 de febrer de 2013, ja va dir:

Nos encontramos en estos casos ante un contrato de servicios, en los que éstos se prestan de forma sucesiva y por precios unitarios, sin que exista una cuantía total definida, sino supeditada a las necesidades de la Administración. En este supuesto, el propio contrato no impone el órgano de contratación obligación alguna de adquirir o pedir un número determinado de unidades, sino que supone la facultad de pedir más o menos unidades de prestación. El ejercicio de esta facultad no implica modificación alguna del contrato, ya que es el propio contrato el que atribuye esa facultad. [...] En los contratos de servicios de actividad en los que el contratista se obliga a prestar servicios de forma sucesiva o por precios unitarios, en los que no está determinada la cuantía total de las prestaciones, al no haberse comprometido las partes a la realización de un número total de servicios ni al abono del precio total del contrato, un posible decremento en la prestación como consecuencia de las menores necesidades de la Administración, da lugar simplemente a una modificación en el expediente de gasto, no considerándose una modificación del contrato.

Més tard, la circular de la IGAE esmentada més amunt va concloure:

En este tipo de contratos de servicios, tal y como ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen 624/2010, de 29 de abril, «el importe del contrato opera como una suma máxima que la Administración puede satisfacer a la contratista, de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares [...]. El precio en sentido estricto, como contraprestación, viene determinado en cambio por la aplicación a cada servicio prestado de las tarifas incluidas como anexo del pliego, que se facturan por el contratista. Por este motivo la reducción del precio total del contrato [...] no va a suponer ningún abaratamiento de los precios satisfechos por la Administración, sino tan sólo la reducción de su importe máximo acumulado. En este sentido, su incidencia en los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública considerada en el artículo 123 de la citada Ley 30/2007, de 30 de octubre, será mínima». Por tanto, a juicio de este Centro y teniendo en cuenta el criterio mencionado anteriormente de la JCCA, en este tipo de contratos, la minoración del número de unidades estimadas como consecuencia de una revisión a la baja de las necesidades de la Administración, sin que varíen ni los precios unitarios ni el objeto del contrato, dará lugar a una modificación del expediente de gasto, sin que se considere una modificación contractual, pudiendo descontraer o liberar el crédito comprometido con anterioridad a la liquidación del contrato, previa tramitación de la mencionada modificación del expediente de gasto.

En relació amb la DA 33a, volem acabar fent dues reflexions. En primer lloc, no entenem el motiu pel qual la LCSP enquadra aquesta previsió en una disposició addicional i no en la subsecció que ha creat específicament per a regular les modificacions contractuals. Si bé en el seu moment va ser introduïda com a disposició addicional, cosa que podia justificar la seva ubicació, l'any 2017, amb la norma consolidada, res no obstava perquè la nova llei reubiqués aquesta previsió dins del règim general, com a especialitat de l'article 204 de la LCSP.

Per altra banda, la considerem excessivament garantista. Preveu una correcció a l'alça del nombre d'unitats estimades en un inici, però ho fa sense alterar el preu d'adjudicació, que segueix essent el preu ofert per unitat. Per tant, en aquest punt compartim l'opinió de Moreo Marroig, recollida en l'article sobre l'execució dels contractes amb l'entrada en vigor de la LCSP, citat més amunt, la qual es pronuncia en els termes següents:

A modo de crítica, pienso que habría sido mejor no considerar una modificación el incremento de crédito aprobado para cubrir las obligaciones derivadas de los contratos en función de las necesidades reales [...] y haberlo catalogado de simple ajuste contable, máxime cuando en realidad no se altera el objeto del contrato puesto que no fue determinado ya que el número de unidades no se concreta al tiempo de celebrar el contrato. Eso sí, fijando un límite porcentual, principalmente como garantía de los licitadores, que se obligan a unos previos unitarios de acuerdo con unas unidades estimadas [...].

4. ALTRES QÜESTIONS DERIVADES D'AQUESTA REGULACIÓ

La regulació que hem analitzat fins ara, a banda de caracteritzar cada un dels sistemes objecte d'estudi, posa de manifest l'existència d'una relació entre el sistema de determinació del preu dels contractes i les potencials alteracions que poden experimentar els seus preus. Ara bé, aquest llaç que la llei deixa entreveure, a la pràctica aportava més interrogants que respostes. No obstant això, recentment diverses aportacions doctrinals han contribuït a contestar aquestes preguntes, establint una fonamentació que, des del nostre punt de vista, permet sintetitzar les pautes que s'han de seguir en cada supòsit concret, estandarditzant-ne el procediment.

Si bé ja hem anat tractant algunes de les qüestions que aquesta regulació planteja, quedaria per considerar les següents.

4.1. ¿ELS CONTRACTES DE LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL TRENTA-TRESENA DE LA LCSP, COM A CONTRACTES AMB PREUS UNITARIS, PODEN APLICAR ELS INCREMENTS DE FINS AL 10% QUE REGULEN ELS ARTICLES 301 I 309 DE LA MATEIXA NORMA?

Com ja hem assenyalat, la referència genèrica dels articles 301.2 i 309.1 de la LCSP als preus unitaris, sense especificar a quina de les seves modalitats es refereix o si es refereix a les dues, ha afavorit la coexistència de diferents interpretacions, amb conseqüències pràctiques significatives.

Són pocs els autors que s'han posicionat respecte a aquesta qüestió. Podem afirmar que segueixen un criteri general força uniforme, tot i que amb petits matisos, però idèntic

en l'essència. A més, aquest criteri ha estat ratificat per l'Informe 1/2024, del 27 de juny, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Resulta inevitable començar al·ludint a la tesi d'Èlia Vilaseca, recollida en l'article publicat al bloc de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya que hem citat a l'inici, la qual advoca per l'existència de dos règims de modificació dels contractes amb preus unitaris: el sistema general dels contractes de subministrament o serveis amb unitats certes i el sistema específic per als contractes amb unitats estimades. Respecte als primers, puntualitza que no és necessari tramitar un expedient de modificació quan l'import no superi el 10% del preu inicial del contracte, sempre que aquesta possibilitat s'hagi establert en el plec de clàusules administratives. I, per acabar, afirma que en contractes amb preus unitaris en funció de les necessitats, en cas d'un increment d'unitats respecte a les previstes, sí que caldrà tramitar un expedient de modificació contractual, sempre que els plecs hagin previst aquesta possibilitat —cosa que és obligatòria, com ja hem vist— i que l'aprovació tingui lloc abans que s'esgoti el crèdit.

Dos anys abans, Moreo Marroig ja s'havia pronunciat en aquesta direcció en l'article ja citat, on establia sobre l'execució dels contractes públics:

De la lectura integrada de estos tres preceptos parece deducirse que la posibilidad de que se encarguen más unidades de las contratadas sin necesidad de aprobar un modificado vía artículos 301 y 309, solo se aplicará en contratos de suministro a precios unitarios con el número de unidades determinado, o bien a contratos de servicios distintos a los de trato sucesivo según necesidades [...]. Si los artículos 301 y 309 significan la regla general para los contratos de suministro y de servicios a precios unitarios, la Disposición Adicional Trigésima Tercera debe entenderse como la regla especial para aquellos contratos en los que el número total de entregas o de prestaciones no se defina con exactitud al tiempo de celebrarse.

Destaquem també la posició de José Antonio Ruiz Sainz-Aja,⁸ circumscrita a l'àmbit dels subministraments, concretament a l'aplicació de l'article 301.2 de la LCSP, la qual, a diferència de les anteriors, conclou que als contractes de subministrament per preus unitaris segons les necessitats els poden ser aplicables tant l'article 301.2 com la DA 33a, en determinades situacions.

Doncs bé, aquesta qüestió la resol l'informe de la Junta de Contractació de les Illes Balears ja esmentat, emès a instància de l'interventor general de la Comunitat Autònoma, que conclou:

El régimen jurídico aplicable a las modificaciones de contratos a precios unitarios en función de las necesidades es el de la DA 33, en relación con el artículo 204 LCSP. En este caso, si surge la necesidad, el modificado a tramitar se podrá hacer hasta el 20% del precio inicial del contrato.

8. José Antonio RUIZ SAINZ-AJA, «Dudas en la aplicación del artículo 301.2 de la Ley de contratos del sector público», *El Blog de Espublico* (blog), 8 de novembre de 2019, <<https://www.administracionpublica.com/dudas-en-la-aplicacion-del-articulo-301-2-de-la-ley-de-contratos-del-sector-publico/>>.

En cambio, para los contratos de suministros y servicios a precios unitarios con unidades ciertas, la LCSP prevé un régimen de pago de los incrementos o variaciones de unidades hasta el 10% del precio del contrato, que no tienen la consideración de modificaciones y que no requieren la tramitación de un expediente de modificación del contrato; ahora bien, en cualquier caso, se tienen que cumplir los requisitos que se prevén por cada tipo de contrato en los artículos 301 (suministros) y 309 (servicios): para los suministros, se exige acreditar la financiación de los incrementos o variaciones desde la tramitación del expediente inicial; y para los servicios, no es necesario acreditar la financiación y se pueden pagar directamente en la liquidación del contrato.

Per tant, avui dia podem afirmar que als contractes regulats en la disposició addicional 33a de la LCSP no els serà aplicable l'increment assimilat a l'excés d'amidaments dels contractes d'obra que la LCSP ha estès a subministraments i serveis mitjançant els articles 301.2 i 309.1 de la LCSP, respectivament.

4.2. QUIN ÉS EL RÈGIM DE MODIFICACIONS CONTRACTUALS QUE POT APLICAR-SE EN CONTRACTES AMB PREUS FIXOS O AMB PRESSUPOST TANCAT?

Els contractes amb preus fixos es caracteritzen per establir el preu per endavant, sense desglossar-lo en unitats o elements integrants de la prestació; en conseqüència, tampoc no és necessari practicar un amidament final. El preu fixat neix amb una vocació de perdurar inalterable, motiu pel qual no són abonables les modificacions derivades de la correcció d'errors o omissions de la documentació reguladora de la licitació. Ara bé, sí que els és aplicable el règim general de la LCSP,⁹ i, per tant, l'Administració podrà preveure modificacions futures o, si escau, podrà apreciar en la fase d'execució circumstàncies que impliquin i emparin la modificació del contracte amb preus fixos, d'acord amb la reglamentació continguda en els articles 203-207 de la LCSP.

Per tant, tal com indica el Tribunal Foral de Recursos Contractuals de Biscaia en la resolució esmentada en la nota del paràgraf anterior, a la pràctica únicament poden aprovar-se les modificacions que imposi l'Administració. Ara bé, aquesta pauta, que d'inici sembla senzilla, a la pràctica esdevé un problema d'interpretació jurídica, ja que, d'acord amb el règim establert, si l'alteració del preu deriva d'un defecte del projecte, no s'ha d'abonar, mentre que si l'origen és una circumstància imprevisible, sí que cal abonar-la.

Quant a l'aplicació de l'ajust per excés d'amidaments en aquests contractes, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat va resoldre aquesta qüestió en l'Informe 26/2023, del 18 de juliol, en el sentit següent:

No se puede establecer en un pliego de cláusulas administrativas particulares una cláusula por la que se reconocen excesos de medición en los contratos de servicios de redacción de proyecto y dirección de obra en los que el precio está determinado en un tanto alzado.

9. Resolució 3/2018 del Tribunal Administratiu Foral de Recursos Contractuals de Biscaia.

La aplicación del artículo 309, apartado 1, segundo párrafo de la LCSP, que reconoce la no consideración de modificación a la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, queda circunscrita a los contratos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, siempre que se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares y no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato.

En definitiva, pel que fa als contractes amb preu fix:

— Els és d'aplicació el règim general de modificació dels contractes del sector públic (art. 203-207 de la LCSP).

— No es podran abonar modificacions derivades de la correcció d'errors o omissions en la documentació reguladora de la licitació, que aniran a càrrec del licitador.

— No poden aplicar la figura de l'excés d'amidaments (articles 242.4c, 301.2 i 309.2 de la LCSP).

4.3. S'INCLOU EL 10% D'EXCÉS D'AMIDAMENTS EN EL CÀLCUL DEL VEC?

Des de la seva introducció en l'ordenament jurídic, la delimitació del concepte de *valor estimat del contracte* (VEC) no ha estat una qüestió pacífica. Tant és així que fins i tot l'exposició de motius de la LCSP explica que, per tal d'evitar confusions, s'ha fet una tasca homogeneïtzadora de les diverses expressions que el TRLCSP utilitzava per a referir-se al valor dels contractes, com *quantia* o *import*, i un esforç per a delimitar els conceptes de *valor estimat del contracte*, *pressupost base de licitació* i *preu del contracte*.

Tot i aquest afany, la LCSP no inclou una definició acotada del VEC, sinó que en l'article 101.2 indica que s'han de tenir en compte, com a mínim, les despeses derivades de l'aplicació de les normatives laborals vigents, altres despeses derivades de l'execució material dels serveis, les despeses generals d'estructura i el benefici industrial.

Tanmateix, l'article assenyala que formaran part del VEC les eventuais pròrrogues, les primes que s'hagi previst abonar als candidats i l'import màxim de les modificacions previstes, d'acord amb l'article 204 de la LCSP.

La discussió sobre si el potencial increment de fins al 10% en concepte d'excés d'amidaments s'ha d'incloure o no en el càlcul del VEC, és anterior a l'aprovació de la LCSP. El seu origen és en la LCSP del 2007, que va introduir el concepte de *valor estimat del contracte* i, paral·lelament, regulava el 10% d'excés d'amidaments en els contractes d'obra, obrint el punt de debat. En aquell moment, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat¹⁰ va concloure que aquest 10% no s'havia d'incloure en el VEC, posició que va confirmar més tard un cop entrada en vigor l'actual LCSP.¹¹

10. Informe 43/2008, del 28 de juliol, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

11. Informe 85/2018, del 25 de maig de 2020, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat.

Actualment, però, aquesta posició ha perdut vigència i s'admet que el 10% d'excés d'amidaments sí que s'ha d'incloure en el VEC. Així ho recull, en relació amb les obres, la Resolució 1516/2021 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, del 4 de novembre de 2021.

Respecte a aquest canvi de criteri, és molt il·lustrativa la reflexió de Manuel Ruiz Daimiel¹² quan, en referència al criteri mantingut per la Junta Consultiva de l'Estat, diu:

Visto lo anterior, resulta difícil de entender, y compartir, el criterio de la Junta Consultiva. ¿Por qué no tiene encaje el 10 por ciento de liquidación en el valor estimado? Porque no forma parte inicialmente del contrato. Bien, pero tampoco la posible prórroga, que sería un nuevo contrato aunque se mantengan las mismas condiciones, o el modificado previsto, y mucho menos las primas, que no son contraprestaciones contractuales, sino incentivos a la participación en un procedimiento administrativo. ¿No entra dentro del importe total pagadero estimado, una cantidad que se tiene que retener presupuestariamente en el momento de la adjudicación si el contrato de obra es plurianual? ¿Para qué se retiene un crédito presupuestario sino para hacer frente a obligaciones económicas de la Administración? ¿No forman parte del valor estimado las posibles obligaciones económicas a las que tenga que hacer frente la Administración contratante como consecuencia del contrato? Más aún, ¿no tendría acomodo el 10 por ciento de liquidación en el importe de las obras al que hace mención el apartado 8 del artículo 101? En el momento de fijar el valor estimado no sabemos cuál será ese importe, hacemos una estimación en función del presupuesto de la obra ¿no es razonable incluir en esa previsión sobre el importe de la obra una partida tan importante y frecuente como el 10 por ciento de liquidación?

El problema de la doctrina de la Junta Consultiva es que no tiene en cuenta la previsibilidad, que es uno de los elementos del valor estimado. No estamos ante certezas sino ante previsiones, estimaciones, de contenido económico, por eso yerra cuando para fundamentar su opinión contraria sostiene que «no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan.

Aquesta qüestió la resol també la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en l'informe de referència, que diu:

Los porcentajes adicionales de los artículos 242.4, 301.2 y 309.2 de la LCSP, se tienen que prever dentro del concepto de valor estimado, porque son previsiones económicas que eventualmente pueden suponer un aumento del precio del contrato inicial. El cálculo del valor estimado tiene que hacerse de la manera más precisa posible, ya que es la previsión del impacto económico máximo a que puede ascender el contrato y tiene una importancia sustancial, pues determina las reglas de publicidad, de procedimiento, de solvencia o clasificación exigibles o el régimen de recursos que se pueden interponer.

Així, en tots els contractes amb preus unitaris i unitats certes en què resulti aplicable un possible excés d'amidaments de fins al 10% del preu del contracte, tant en obres com en

12. Manuel RUIZ DAIMIEL, «El valor estimado y el 10 por ciento de liquidación en el contrato de obra...y en el de suministros y servicios», *Observatorio de Contratación Pública* (blog), 30 de juny de 2022, <<https://www.obcp.es/opiniones/el-valor-estimado-y-el-10-por-ciento-de-liquidacion-en-el-contrato-de-obray-en-el-de>>.

serveis i subministraments, aquest import s'ha de sumar al VEC. Això serà sempre així en els contractes d'obres, mentre que en els de subministraments i serveis només s'inclourà en el VEC quan el plec de clàusules administratives particulars consideri de manera expressa la possibilitat d'acudir als mecanismes dels articles 301.2 i 309.2 de la LCSP.

4.4. COM S'ACREDITA EL FINANÇAMENT EN EL CAS DE L'ARTICLE 301.2 DE LA LCSP ? I QUÈ PASSA AMB ELS SERVEIS?

Tant en els subministraments (art. 301.2) com en els serveis (art. 309.1) amb preus unitaris i unitats certes, per tal que els increments o les variacions en el nombre d'unitats fins al 10% del preu del contracte es puguin pagar sense necessitat de tramitar una modificació contractual, s'hauran d'haver previst en els plecs. Ara bé, la LCSP afegeix en el cas dels subministraments un requisit que no exigeix per als serveis: la necessitat d'acreditar el finançament corresponent des de la tramitació de l'expedient originari del contracte. La Junta Consultiva de les Illes Balears, com la doctrina, entén que aquesta acreditació ha de tenir lloc mitjançant una retenció addicional de crèdit de fins al 10% del pressupost base de licitació, que ha de constar en el moment d'aprovar l'expedient de contractació. Aquesta retenció no es veurà afectada per l'autorització de la despesa (A) per l'import del pressupost base de licitació, ni per la disposició de la despesa (D) pel preu d'adjudicació. L'aprovació de la despesa contra aquesta retenció addicional, en les seves fases A, D i O, només s'haurà de fer en cas que finalment s'incrementin les unitats executades. En el cas de contractes plurianuals, la retenció addicional s'haurà d'aplicar a l'exercici pressupostari en què hagi de finalitzar l'execució del contracte.

Per als contractes de serveis, en canvi, l'article 309.1 de la LCSP no exigeix acreditar el finançament de l'increment, per la qual cosa no cal practicar cap retenció del crèdit inicial.

En relació amb les obres, en l'àmbit estatal la disposició addicional 14a (de caràcter no bàsic) del TRLCAP de l'any 2000 preveia una retenció addicional del 10%, però no del pressupost base de licitació, sinó del preu d'adjudicació. Aquesta retenció s'havia d'aplicar a l'exercici previst per a la finalització de l'obra, o al següent, en funció de quan s'hagués de pagar la certificació final. Posteriorment, la LCSP del 2007 no va recollir aquesta previsió, però la seva disposició final 2a la va incorporar a la Llei general pressupostària via modificació del seu article 47. Moltes comunitats autònomes han previst en la seva normativa una previsió similar, però en l'àmbit local no trobem una norma anàloga.

5. QUADRE RESUM

La conclusió de tot el que s'ha exposat es resumeix en la sistematització seqüencial següent:

		Règim general aplicable de la LCSP	Excés d'amidament aplicable de la LCSP (10% liquidació)
Preu unitari amb unitats certes	Obres	Art. 204 i 205	242.4
	Subministraments	Art. 204 (no DA 33a) i 205	301.2
	Serveis		309.1
Preu unitari amb unitats estimades (segons les necessitats)	Obres	No s'aplica	No s'aplica
	Subministraments	Art. 204 (obligatori 20% DA 33a) i 205	
	Serveis		
Preu fix	Obres	Art. 204 i 205	No s'aplica
	Subministraments	Art. 204 (no DA 33a) i 205	
	Serveis		
Preus híbrids	Els sistemes de determinació del preu anteriors poden coexistir en una mateixa licitació sempre que s'apliquin a partides diferents. La Llei no indica expressament com s'han de conjugar a la pràctica. No obstant això, entenem que el més coherent és aplicar a cada part el règim que li és propi, tal com s'observa en l'esquema següent.		

Exemple:

SISTEMA HÍBRID			
Supòsit: contracte de serveis amb un preu híbrid resultat de la combinació de preus unitaris amb unitats certes i preus unitaris amb unitats estimades i pressupost màxim. Podria tractar-se de l'exemple explicat del centre per a la gent gran, en què hi ha un preu unitari per un nombre determinat de places, però a banda s'han de preveure l'alimentació o els serveis complementaris, que es poden estimar, però no establir amb certesa. Els imports escollits responen a la voluntat de simplificar al màxim l'exemple, evitant els decimals i prescindint de l'impost sobre el valor afegit (IVA) (el pressupost base de licitació [PBL] ha d'incloure l'IVA).			
FASE DEL PROCEDIMENT	RÈGIM DE PREU UNITARI AMB UNITATS CERTES	RÈGIM DE PREU UNITARI AMB UNITATS ESTIMADES (segons les necessitats)	TOTAL
LICITACIÓ: el pbl del contracte és de 100 €	40 €	60 €	PBL 100 VEC 120 (100 + DA 33a)
ADJUDICACIÓ: l'oferta que guanya la licitació fa una proposta de reducció del 12,5%	35 € Dels 40 € de preus unitaris autoritzats, únicament se'n comprometen 35	60 € En el cas dels preus estimats, la reducció del 12,5% opera sobre els preus unitaris, i no sobre el pressupost màxim. Per tant, es mantenen els 60 €, però el preu per unitat, suposant que fos de 2 €, es redueix de 2 a 1,75 €, de manera que l'adjudicació permet l'execució de 4 unitats més (60/1,75 = 34 unitats)	95 € L'Administració es compromet als 35 € que generen un dret de cobrament a favor de l'adjudicatari, però no als 60 €, que només actuen com a import límit.
MODIFICACIONS PREVISTES	D'acord amb l'article 204 de la LCSP, el contracte podrà preveure una modificació que pot anar des del 0 al 20%. Per tant, el màxim serà de 42 € (35 + 20%) Caldrà acreditar que la modificació estava definida en els plecs	D'acord amb la DA 33a, és obligatori preveure una modificació del 20% per increment de les unitats requerides; per tant, es pot arribar a 72 € (60 + 20%) L'increment serà del 20% sobre el PBL (60 €), però el preu per unitat serà el de l'oferta (1,75 €)	Amb les modificacions previstes, el preu del contracte podrà arribar a ser de 107 € (35 + 72) fins a 114 € (42 + 72)
INCREMENT DEL 10% (art. 309.1 de la LCSP)	El contracte és de serveis i, per tant, d'acord amb l'article 309 de la LCSP, l'import inicial podrà experimentar un increment de fins al 10%, cosa que suposa un increment màxim de 3,5 €	Els preus unitaris no admeten aquests increments	L'adjudicatari d'aquest contracte, podrà percebre fins a 117,5 € A banda, davant d'eventualitats imprevisibles s'aplicarà l'article 205 de la LCSP, que admet un increment de fins al 50% del preu d'adjudicació (95 + 50%)