

**EDD 2008/281951** Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Estatal. Informe 43/08, de 28 de julio de 2008. «Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad».

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
CONSIDERACIONES JURÍDICAS. ....	5
CONCLUSIONES: .....	9

## CLASIFICACIÓN POR VOCES

Acuerdos marco  
Adjudicación de contratos públicos  
Contratación pública  
Contratista y subcontratista  
Junta consultiva de contratación administrativa

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Contratación pública en la Administración Local  
Adjudicación de los contratos  
Procedimiento de adjudicación  
Pliego de condiciones administrativas  
Publicidad de la licitación

## FICHA TÉCNICA

### Legislación

Cita Ley 30/2007 de 30 octubre 2007

### D. administrativa

Citada por Dict. Abogacía General del Estado 10/2009 de 26 marzo 2009 (D2009/411956)

Citada por Dict. Abogacía General del Estado 20/2009 de 6 marzo 2009 (D2009/413817)

### Consultas

Licitación de un contrato de servicios cuyo objeto ha sido dividido en lotes: ¿cómo se valora su clasificación, por cada lote o en su conjunto?

Modificación de la prórroga pactada en el contrato de gestión de servicio público de suministro de agua potable y alcantarillado

Criterio para determinar el Órgano de contratación competente: precio o valor estimado de los contratos

## ANTECEDENTES DE HECHO

Por el Interventor General de la Administración del Estado se formula la siguiente consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

«La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , configura el nuevo marco jurídico de la contratación pública, introduciendo importantes modificaciones respecto a las previsiones del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, algunas de las cuales suscitan dudas acerca de su alcance e interpretación. Habida cuenta de la relevancia que dichas cuestiones tienen a efectos del ejercicio de las funciones encomendadas a esta Intervención General, se estima oportuno someterlas a la consideración de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

I) El primer bloque de cuestiones se refiere a la regulación de las modificaciones de los contratos contenida en el artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. En relación con este artículo, esta Intervención General solicita el parecer de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los siguientes aspectos:

PRIMERO: El artículo 202, en su apartado 1, admite únicamente que se puedan introducir modificaciones por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificadas debidamente en el expediente, que no afecten a las condiciones esenciales del contrato.

Por otra parte, este apartado 1 precisa en su segundo párrafo lo siguiente: "No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse,

en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)."

En relación con el concepto "condiciones esenciales del contrato" al que se refiere el artículo 202, esta Intervención General conoce lo que al respecto ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en la sentencia recaída en el Asunto C-496/99 P, así como la Comisión Europea en su comunicación interpretativa de fecha 5 de febrero de 2008, en el sentido de entender como esencial aquellas estipulaciones que de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente, enumerándose como esenciales, en el Asunto C-496/99 P, "la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse" y, en la comunicación de la Comisión antes citada, "el objeto de los trabajos o de los servicios a prestar por el adjudicatario o el canon impuesto a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario". Sin embargo, y con independencia de los ejemplos concretos enumerados, el concepto de "condición esencial", tal y como se ha definido, sigue siendo un concepto jurídico indeterminado, por lo que se solicita de dicha Junta Consultiva algunas pautas o parámetros que permitan subsumir en dicho concepto los casos concretos de modificaciones del contrato.

SEGUNDO: Criterios delimitadores de lo que haya de entenderse por "corrección de un proyecto inicial" y por un "nuevo proyecto", conceptos éstos también referidos en el artículo 202.1.

TERCERO: La comunicación interpretativa de la Comisión de 5 de febrero de 2008 señala que "Toda modificación de los términos esenciales de un contrato que no esté prevista en los pliegos exige un nuevo procedimiento de licitación (...)". Asimismo, el Tribunal de Justicia Europeo, en la sentencia arriba señalada, estableció en el punto 118 que "si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse las condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está ANTECEDENTES.

Por el Interventor General de la Administración del Estado se formula la siguiente consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

«La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022, configura el nuevo marco jurídico de la contratación pública, introduciendo importantes modificaciones respecto a las previsiones del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, algunas de las cuales suscitan dudas acerca de su alcance e interpretación. Habida cuenta de la relevancia que dichas cuestiones tienen a efectos del ejercicio de las funciones encomendadas a esta Intervención General, se estima oportuno someterlas a la consideración de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

I) El primer bloque de cuestiones se refiere a la regulación de las modificaciones de los contratos contenida en el artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. En relación con este artículo, esta Intervención General solicita el parecer de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los siguientes aspectos:

PRIMERO: El artículo 202, en su apartado 1, admite únicamente que se puedan introducir modificaciones por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificadas debidamente en el expediente, que no afecten a las condiciones esenciales del contrato.

Por otra parte, este apartado 1 precisa en su segundo párrafo lo siguiente: "No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)."

En relación con el concepto "condiciones esenciales del contrato" al que se refiere el artículo 202, esta Intervención General conoce lo que al respecto ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en la sentencia recaída en el Asunto C-496/99 P, así como la Comisión Europea en su comunicación interpretativa de fecha 5 de febrero de 2008, en el sentido de entender como esencial aquellas estipulaciones que de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente, enumerándose como esenciales, en el Asunto C-496/99 P, "la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse" y, en la comunicación de la Comisión antes citada, "el objeto de los trabajos o de los servicios a prestar por el adjudicatario o el canon impuesto a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario". Sin embargo, y con independencia de los ejemplos concretos enumerados, el concepto de "condición esencial", tal y como se ha definido, sigue siendo un concepto jurídico indeterminado, por lo que se solicita de dicha Junta Consultiva algunas pautas o parámetros que permitan subsumir en dicho concepto los casos concretos de modificaciones del contrato.

SEGUNDO: Criterios delimitadores de lo que haya de entenderse por "corrección de un proyecto inicial" y por un "nuevo proyecto", conceptos éstos también referidos en el artículo 202.1.

TERCERO: La comunicación interpretativa de la Comisión de 5 de febrero de 2008 señala que "Toda modificación de los términos esenciales de un contrato que no esté prevista en los pliegos exige un nuevo procedimiento de licitación (...)". Asimismo, el Tribunal de Justicia Europeo, en la sentencia arriba señalada, estableció en el punto 118 que "si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse las condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta". De lo anterior podría desprenderse que todas aquellas modificaciones de las condiciones de un contrato (tanto si se consideran esenciales como no) cuya posibilidad esté prevista en el anuncio de licitación serían lícitas y posibles, por cuanto, al ser conocida por todos los licitadores la posibilidad de que se produzcan, se respeta el principio de igualdad de trato y no discriminación que ha de presidir la contratación

pública; por contra, cuando las modificaciones no estuviesen previstas en los pliegos, solo serían lícitas y posibles en tanto no afecten a las condiciones esenciales del contrato.

La LCSP parece incorporar la anterior doctrina: así, el apartado primero del artículo 202 se referiría a aquellas modificaciones debidas a causas no previstas en los pliegos y que, por tanto, el órgano de contratación solo podrá introducir si, entre otros requisitos, no afectan a condiciones esenciales del contrato. Por su parte, el apartado segundo del citado artículo, se estaría refiriendo a aquellas modificaciones que el órgano de contratación puede introducir en un contrato durante su ejecución por estar previstas en los pliegos que sirvieron de base a la licitación.

Sin embargo, surge la duda de si dicha interpretación resulta correcta, por cuanto el apartado segundo del artículo 202 dispone "La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual", apartado cuyo primer párrafo se refiere expresamente, entre otros requisitos, a que el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en los contratos por "causas imprevistas" y cuando no afecten a "condiciones esenciales del contrato".

En definitiva, se solicita el parecer de esa Junta acerca de si los requisitos exigidos en los apartados primero y segundo del artículo 202 en relación con las modificaciones de los contratos tienen carácter acumulativo o alternativo y, en este segundo supuesto, cómo ha de interpretarse la expresión "de acuerdo con el apartado anterior".

Por otro lado, y teniendo en cuenta la doctrina de la jurisprudencia comunitaria arriba señalada, se solicita el parecer de la Junta sobre si, para dar cumplimiento al artículo 202.2 de la LCSP, basta con que los Pliegos hagan una referencia genérica a la posibilidad de modificar un contrato o, por el contrario, los supuestos en los que podrá modificarse un contrato así como los elementos que podrán ser modificados han de estar establecidos en dichos Pliegos de manera clara e inequívoca.

CUARTO: En relación con los modificados de contratos de obra y teniendo en cuenta la regulación señalada, esta Intervención General advierte lo que parece una contradicción con el artículo 216.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, que trata las modificaciones de las obras con precio cerrado. Este apartado señala que "el sistema de retribución a tanto alzado podrá, en su caso, configurarse como de precio cerrado, con el efecto de que el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones que sean necesarias para corregir deficiencias u omisiones del proyecto sometidas a licitación. Esta disposición no obsta al contratista a ser indemnizado por las modificaciones del contrato que se acuerden conforme a lo previsto en el artículo 217 con el fin de atender nuevas necesidades o de incorporar nuevas funcionalidades a la obra."

El artículo 217 de la Ley, sobre modificación del contrato de obras, se remite a su vez al artículo 202. Por tanto, y dado que este último precepto prohíbe que las modificaciones se deban a nuevas necesidades o pretendan satisfacer finalidades nuevas, se solicita el parecer de la Junta acerca de la aplicación del artículo 216.2.

II) El segundo bloque de cuestiones surge como consecuencia de la obligación que la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 76 impone a los órganos de contratación de calcular el valor estimado de los contratos. La trascendencia del valor estimado es considerable, puesto que determina, entre otros temas, la necesidad de autorización del Consejo de Ministros (artículo 292), la consideración de un contrato como sujeto a regulación armonizada o no (artículo 13), la procedencia de la utilización del procedimiento negociado, la necesidad de publicar el anuncio de licitación en el caso de ciertos contratos a adjudicar por el procedimiento negociado (artículo 161), etc.

Los preceptos mencionados en el apartado anterior resultan perfectamente claros en cuanto a que el importe delimitador de la obligación es el correspondiente al valor estimado del contrato. Sin embargo, otros preceptos adolecen de una cierta imprecisión, ya que no resulta claro si al utilizar los términos "cuantía", "precio" o "importe" el concepto al que se refiere es al de valor estimado u otro, como presupuesto base de licitación, importe de adjudicación.... En particular, sin ánimo de ser exhaustivos, pueden citarse los siguientes:

Artículo 29.1: Dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato deberá remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado aquél, siempre que la cuantía del contrato exceda de 600.000, 450.000 o 150.000 euros, según los casos.

Artículo 54.1: para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado.

Artículo 56.1: la expresión de la cuantía (a efectos de las categorías de clasificación) se efectuará por referencia al valor íntegro del contrato, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior.

Artículo 91.5: cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, el plazo de devolución de la garantía en caso de que la recepción formal y la liquidación no hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista se reducirá a seis meses desde la terminación del contrato.

Artículo 107.2: para los proyectos de obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación inferiores a 350.000 euros se podrá simplificar, refundir o incluso suprimir, alguno o algunos de los documentos que integran el proyecto.

Artículo 109: cuando la cuantía del contrato de obras sea igual o superior a 350.000 euros, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión.

Artículo 121.2: en contratos distintos a los mencionados en el apartado anterior de cuantía superior a 50.00 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas deberán elaborar un pliego.

Artículo 122.3: se consideran menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos.

Artículo 138: cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 100.000 euros la adjudicación definitiva deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales.

Artículo 175 c): en la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad.

Artículo 195: será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos de modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio primitivo del contrato, y éste sea igual o superior a 6.000.000 euros.

Artículo 207.6: En el supuesto de demora a que se refiere la letra e) del artículo anterior, si las penalidades a que diere lugar la demora en el cumplimiento del plazo alcanzasen un múltiplo del 5% del importe del contrato, se estará a lo dispuesto en el artículo 196.4.

Artículos 220 e), 275 c) y 284 c): será causa de resolución la modificación del contrato, aunque fuera sucesiva, que implique, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio primitivo del contrato, con exclusión del IVA.

Artículo 221: se considerará alteración sustancial del proyecto inicial la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por ciento del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Disposición transitoria tercera: hasta el momento en que los titulares de los departamentos ministeriales fijen la cuantía para la autorización establecida en el artículo 292.5 será de aplicación la cantidad de 900.000 euros.

En relación con dichos preceptos se solicita el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa acerca del alcance de los términos precio, cuantía, importe... a que se refieren los citados preceptos.

Por otra parte, a la vista del concepto de valor estimado que se establece en el artículo 76 de la Ley de Contratos del Sector Público, parece que la diferencia entre el mismo y el presupuesto base de licitación radica en que aquél no incluye la partida del Impuesto del Valor Añadido, pero sí el valor de las posibles prórrogas que, en relación con cada contrato, se prevean, determinadas primas o pagos a candidatos y licitadores, así como otros conceptos que para cada tipo de contrato se especifican en el ya citado artículo 76. Sin embargo, hay determinados conceptos que, al no estar referidos expresamente en dicho artículo, suscitan dudas en cuanto a su inclusión, o no, en el cálculo del valor estimado, cuestión ésta sobre la que también se solicita el parecer de esa Junta Consultiva.

El primero de dichos conceptos es el importe estimado de la revisión de precios. Respecto a éste, en caso de que la Junta Consultiva estimase que el importe de la revisión de precios debe tomarse en cuenta en el cálculo del valor estimado, debería indicarse, asimismo, qué mecanismo ha de utilizarse para calcular el valor de la revisión de precios -en concreto, si debe referirse a todo el periodo que dure el contrato, incluidas las prórrogas- y, en el supuesto de que se utilice una fórmula de revisión de precios referida a algún índice, cuál es el valor de este índice que debe tenerse en cuenta.

El segundo de los conceptos es, para el contrato de obras, el posible adicional de obra que, de acuerdo con el artículo 217 de la LCSP, puede llegar hasta el 10% del precio primitivo del contrato.

Finalmente, y puesto que no se indica expresamente en la nueva Ley, se considera oportuno que se indique, en qué documento de los que integran el expediente administrativo debe el órgano de contratación establecer cuál es el valor estimado del contrato cuya contratación se pretende.

III) En relación con la mesa de contratación en los procedimientos negociados, de conformidad con el artículo 295.1 primer inciso de la Ley de Contratos del Sector Público, será obligatoria su constitución únicamente cuando se trate de los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 161.1 de la Ley. Sin embargo, el propio artículo 295.1, en su inciso final, dispone que, en los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la mesa será potestativa. A sensu contrario, cuando sea necesario publicar el anuncio de licitación, (que será en los supuestos previstos, no solo en el artículo 161.1, sino también en el artículo 161.2 de la Ley de Contratos del Sector Público), la constitución de la mesa es obligatoria. A la vista de lo anterior, se solicita el parecer de esa Junta Consultiva en cuanto a la obligatoriedad de constituir mesa de contratación en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 161.2 de la ya citada Ley.

IV) El artículo 182 de la Ley establece el procedimiento que ha de seguirse en la adjudicación de los contratos basados en un Acuerdo Marco. El apartado cuarto de dicho artículo se refiere a la adjudicación de un contrato basado en un Acuerdo Marco cuando éste se hubiese celebrado con varios empresarios. En este supuesto, la Ley establece que la adjudicación del contrato a uno de los empresarios que figurara en el Acuerdo Marco del que trae causa se haga "aplicando los términos fijados en el propio Acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación", regulándose en el siguiente párrafo el procedimiento que ha de seguirse para adjudicar cada contrato concreto que, por razón y cuantía no esté sujeto a procedimiento armonizado, "cuando no todos los términos estén establecidos en el Acuerdo Marco".

Habida cuenta de las consecuencias que la Ley liga a la circunstancia de que todos los términos estén o no fijados en el Acuerdo Marco, se solicita el parecer de esa Junta Consultiva sobre el alcance de dicha expresión: ¿cabe entender por "términos" condiciones referidas al objeto del contrato y su ejecución? o ¿se refiere también a condiciones o criterios de adjudicación? En cualquier caso, ¿qué contenido mínimo deberían abarcar dichos términos para entender que no es preciso convocar una nueva licitación?

V) La disposición adicional novena de la Ley, en su letra h) establece "En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la firma electrónica de la oferta, con cuya

recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas; de no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada..".

Una interpretación literal del anterior precepto conduciría a que la firma electrónica de la oferta se generaría sobre el fichero con la oferta propiamente dicha, por lo que para obtener la firma electrónica sería preciso disponer de la oferta previamente. Si fuera así, no parecería tener sentido la actual previsión de envío en dos fases.

Por ello surge la duda sobre si el alcance de dicha previsión es similar al establecido en el artículo 80.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública, relativo al aviso del envío de las proposiciones por correo y posterior recepción de la documentación por el órgano de contratación. No obstante, se estima que para que pudiera producirse dicha equivalencia, sería necesario que el "segundo envío", con la oferta, debería ir, asimismo, firmado electrónicamente, ya que, de otro modo, no se podría establecer la relación con el aviso previamente enviado y, además sería la forma de garantizar la integridad y autenticidad de la oferta remitida por medios electrónicos.

En definitiva, se estima oportuno someter a la consideración de esa Junta el alcance de la previsión expuesta.

VI) Por último, surgen dudas en cuanto a la interpretación que debe darse a la Disposición Transitoria Primera de la Ley, en orden a determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos. En efecto, el apartado primero de dicha disposición transitoria parece establecer el criterio de "inicio del expediente" para determinar el régimen jurídico aplicable a un expediente de contratación. Así, si el expediente se inició antes de la entrada en vigor de la Ley, el mismo se regirá por el texto refundido de la Ley de Contratos Administrativos; por el contrario, si el expediente se inició tras la entrada en vigor de la actual Ley de Contratos del Sector Público, se regirá por ésta. A estos efectos, la propia disposición transitoria indica que en los procedimientos abiertos y restringidos la fecha de inicio del expediente coincidirá con la de publicación de la convocatoria y, en los procedimientos negociados, con la de aprobación de los pliegos.

Por su parte, el apartado segundo de la disposición transitoria utiliza el criterio "fecha de adjudicación" para determinar el régimen jurídico de los contratos relativos a los efectos, cumplimiento y extinción, de manera que todos los contratos adjudicados tras la entrada en vigor de la Ley de contratos del Sector Público se regirán en cuanto a efectos, cumplimiento y extinción por dicha Ley, y los adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, por la anterior normativa.

De lo expuesto anteriormente se deduce que, para aquellos contratos cuyos expedientes se hubiesen iniciado y hubiesen sido adjudicados antes de la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público y aquellos en los que tanto inicio de expediente como adjudicación se hubiese producido tras la entrada en vigor de dicha Ley, el régimen jurídico es el establecido en un único cuerpo normativo, el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para aquéllos y la Ley de Contratos del Sector Público para éstos. Sin embargo, el problema se plantea para aquellos contratos cuyo expediente se hubiese iniciado antes de la entrada en vigor de la nueva Ley y su adjudicación se haya producido tras su entrada en vigor. Una interpretación literal de la norma implicaría que, en estos casos, el expediente estaría realizado conforme al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por el contrario, los efectos, cumplimiento y extinción del citado contrato se regirán por la nueva Ley independientemente de lo que, al efecto, recojan los Pliegos adaptados al texto refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En relación con lo anteriormente expuesto, se solicita el parecer de esa Junta Consultiva, sobre si procede la interpretación literal de la disposición transitoria expuesta y, en caso afirmativo, qué medidas podrían adoptarse para aportar seguridad jurídica a los adjudicatarios en cuanto al régimen jurídico aplicable a un contrato y, en consecuencia, evitar futuros litigios».

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Son numerosas las cuestiones planteadas por el Interventor General de la Administración del Estado en su consulta en relación con diferentes dudas suscitadas en la aplicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, y dada la distinta naturaleza de cada una de ellas es preciso su análisis y resolución de forma individualizada.

Refiriéndonos a la primera de las cuestiones planteadas, es decir la relativa a la regulación de las modificaciones contractuales tal como aparece en los artículos 202, 216 y 217 de la Ley de Contratos del Sector Público, la Intervención plantea a su vez diferentes cuestiones cuales son:

a) En primer lugar se solicita la elaboración de una fórmula que permita definir de antemano qué condiciones tiene carácter de esenciales a los efectos de lo dispuesto en párrafo primero del artículo 202.1 de la Ley. Dicho precepto establece que "una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato". La redacción empleada por el legislador en este precepto pone de manifiesto de manera clara que la expresión "condiciones esenciales del contrato" es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación, como acertadamente dice en su consulta la Intervención General, resulta difícil de hacer.

Desde este punto de vista cabe decir que pueden imaginarse dos procedimientos para establecer el modo de concretar el alcance del concepto enunciado. El primero de ellos consistiría en formular criterios de carácter general tales como los mencionados en el propio texto de la consulta, es decir la alteración de condiciones del contrato que de haber figurado en el anuncio de la licitación habrían permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o las que hacen referencia a las que supongan alteración de la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato. La adopción de métodos como los indicados en realidad no resuelve tampoco de forma directa el problema pues consisten en desplazar el momento de la interpretación del concepto de unos términos a otros. En efecto, en el primero de los casos indicados es preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el

comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual y en el segundo la necesidad de concreción se traslada a la determinación de cuáles son las alteraciones que afectan a la naturaleza de la prestación.

En realidad, lo que ocurre es que la propia esencia de la figura del "concepto jurídico indeterminado" supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo.

Por ello, la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato.

A pesar de ello, pueden mencionarse algunos supuestos que podrían tener esta consideración, entre los cuales ciertamente pueden incluirse los mencionados en la consulta.

b) La segunda cuestión objeto de consulta se refiere al sentido que deba darse a la expresión corrección del proyecto inicial a que se refiere el párrafo segundo del artículo 202.1. Es criterio de la junta que por tal debe entenderse cualquier modificación del proyecto que sea admisible desde el punto de vista legal por ser conforme con las exigencias establecidas en el párrafo primero de este mismo precepto.

En su consecuencia, cuando la ampliación del objeto sea consecuencia de la introducción de alguna modificación del proyecto que cumpla los requisitos del artículo 202.1 tendrá el tratamiento legal correspondiente a las modificaciones permitidas. Por el contrario, si no cumple con dichas exigencias no podrá considerarse como una modificación del contrato en sentido estricto y deberá contratarse separadamente, pudiendo aplicarse para ello el procedimiento negociado cuando cumpla los requisitos que para las prestaciones complementarias establecen los artículos 155 b) o 158 b). Evidentemente, cuando las características de la ampliación del objeto lo requieran deberá elaborarse un proyecto nuevo comprensivo de la misma. A estos efectos deberá tomarse en Consideración lo informado al respecto por la Oficina de Supervisión.

c) En tercer lugar la Intervención solicita informe sobre la forma en que debe interpretarse el artículo 202.2. Se trata de aclarar si de la interpretación de este apartado conjuntamente con el primero cabe deducir que la Ley permite a los pliegos prever la posibilidad de modificar el contrato en las circunstancias establecidas en ellos, o si, por el contrario, las modificaciones previstas en el pliego habrían de cumplir los requisitos del artículo 202.1. La cuestión surge porque el artículo 202.2 dispone que "la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en el pliego y en el documento anterior". La expresión "de acuerdo con el apartado anterior" parece exigir que las modificaciones previstas en el pliego reúnan los requisitos del primer apartado del artículo, o lo que es lo mismo que se introduzcan por razones de interés público, para atender a causas imprevistas y sin que afecten a las condiciones esenciales del contrato.

De aceptarse esta interpretación llegaríamos al contrasentido de considerar que sólo se pueden prever en el pliego las modificaciones que obedezcan a causas imprevistas. Es evidente que tal interpretación habrá de ser rechazada de plano pues conduce al absurdo. En su consecuencia, entiende la Junta Consultiva que el artículo en cuestión debe ser interpretado tomando como base los antecedentes que lo justifican, de una parte, y de otra, la finalidad que se pretende cumplir con él.

Desde el primer punto de vista, es evidente que el precepto en cuestión tiene su fundamento en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente en la Sentencia "Socchi di Fruta" (Asunto C-496/99 P) que, en síntesis establece como principio "que si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta". De lo que debe desprenderse, por lo que al Derecho Español se refiere, la necesidad de prever en los pliegos que rigen la contratación la posibilidad modificación de las cláusulas contractuales y las condiciones en que ésta pueda llevarse a cabo.

De igual modo, la misma Sentencia citada establece que "por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente". Lo cual quiere decir que no habiéndose previsto la modificación, no pueden alterarse las condiciones esenciales del contrato.

A la luz de estos pronunciamientos el precepto que comentamos debe ser interpretado en el mismo sentido antedicho. Es decir que, cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades del interés público, b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato.

Por el contrario, si los documentos contractuales prevén expresamente la posibilidad de modificar determinadas cláusulas, le bastará con indicar cuáles son éstas y en qué términos pueden ser modificadas, siendo indiferente si tienen o no el carácter de condiciones esenciales del contrato. Y ello porque siendo conocida esta posibilidad de antemano por todos los licitadores no se produce la ruptura del principio de igualdad entre ellos y de su corolario el de transparencia.

Bien es cierto que interpretando de esta manera el artículo 202.2 resulta, en principio, de difícil comprensión la frase "de acuerdo con el apartado anterior". Sin embargo, si tomamos en consideración la expresión completa: "las condiciones en que podrá producirse la

modificación de acuerdo con el apartado anterior", habremos de concluir que para ser coherente con la doctrina que sirve de fundamento a este artículo, la frase mencionada no puede tener otro significado que entender que al remitirse al apartado anterior se refiere a los requisitos de que la modificación responda a necesidades de interés público y se justifique debidamente su necesidad en el contrato. Con lo cual queda claro que en ningún caso se admite la modificación por causas discrecionalmente apreciadas por el órgano de contratación (es decir arbitrarias), pero, si están previstas en los documentos contractuales, pueden incluso afectar a condiciones esenciales del contrato.

Al responder esta cuestión ha quedado igualmente aclarado, que para admitir la posibilidad de modificar un contrato no basta con preverlo genéricamente en los documentos contractuales, sino que deben establecerse a qué términos del contrato pueden afectar y en que condiciones.

d) La cuarta de las cuestiones que La Intervención General de la Administración del Estado plantea en relación con las modificaciones contractuales, se refiere a la aparente antinomia entre lo dispuesto en los artículos 216 y 217 por una parte y el 202 por otra. El primero de ellos establece en su apartado 2 que "El sistema de retribución a tanto alzado podrá, en su caso, configurarse como de precio cerrado, con el efecto de que el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir deficiencias u omisiones del proyecto sometido a licitación. Esta disposición no obsta al derecho del contratista a ser indemnizado por las modificaciones del contrato que se acuerden conforme a lo previsto en el artículo 217 con el fin de atender nuevas necesidades o de incorporar nuevas funcionalidades a la obra".

De lo cual parece desprenderse que el precepto transcrito admite la posibilidad de que en estos contratos se introduzcan modificaciones con el fin de atender nuevas necesidades o de incorporar nuevas funcionalidades a la obra. Esto sería contrario a lo dispuesto por el artículo 202.1 de la Ley, al cual se remite el artículo 217. En efecto este precepto establece que no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b). Para salvar esta contradicción aparente es preciso hacer una interpretación de los términos utilizados por ambos artículos que permita armonizar el sentido de uno y otro. Y esto sólo es posible entendiendo que cuando el artículo 216 se refiere a "atender nuevas necesidades" o "incorporar nuevas funcionalidades" aunque hace uso del término modificaciones, lo hace en sentido amplio, sin tomar en consideración la precisión que con respecto a este término hace el artículo 202.1 al excluir de él los supuestos a que antes nos hemos referido. Por otra parte, el objetivo del artículo 216.2 en lo que aquí venimos comentando es dejar a salvo el derecho del contratista a percibir retribución por los supuestos contemplados en el mismo (sean o no modificaciones de acuerdo con el artículo 202.1) toda vez que si concurrieran los supuestos previstos en los artículos 155 b) y 158 b), la ejecución de las prestaciones mencionadas puede ser encomendada al contratista utilizando el procedimiento negociado.

2. La Intervención General plantea en su consulta, una nueva cuestión que en realidad requiere responder a tres cuestiones diferentes, la primera de las cuales se refiere a cuál sea el alcance que deba darse a los términos precio, cuantía, importe y otros similares utilizados en numerosos preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público.

Con referencia al valor de los contratos la Ley de Contratos del Sector Público utiliza tres conceptos principalmente que son precio, valor estimado y presupuesto, cuyas definiciones se contienen en los artículos 75 y 76 de la Ley y 131 del Reglamento.

Junto a estos tres conceptos la Ley emplea otros términos no definidos por ella ni por las normas complementarias entre los que cabe citar como más frecuentes cuantía, importe o valor íntegro. La determinación del significado concreto de estos términos debe hacerse en función del contexto en que se incluyen y por tanto, al menos en principio, no cabe hacer una definición genérica. Ello no obstante, y por regla general cabe decir que deberán identificarse con el término que, en función de la fase en que se encuentre el contrato -fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución- indique el valor del mismo con arreglo a la Ley. Así en la fase de preparación y adjudicación deberán entenderse los términos como referidos al presupuesto que deba servir de base para la celebración de la licitación pública y en la de ejecución deberá entenderse que los términos utilizados se refieren al precio de adjudicación del contrato, es decir el que deba percibir íntegro el contratista que hubiera resultado adjudicatario del contrato. Estas conclusiones, sin embargo, deberán matizarse en función del texto del artículo que contenga el término examinado.

En base a ello, siempre que el término empleado sea distinto de precio, valor estimado o presupuesto, deberá entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone estar a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien, en ningún caso, deberá considerarse incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por el contrario, cuando en el precepto que utilice el término de que se trate se refiera a la fase posterior a la adjudicación del contrato, habrá que ponerlo en relación con el término precio. A este respecto, el término precio debe ser interpretado a tenor de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público que lo considera como la retribución del contratista, que podrá consistir tanto en metálico como en la entrega de otras contraprestaciones si la Ley así lo prevé. Siendo así, es criterio de esta Junta Consultiva que cuando en la Ley de Contratos del Sector Público se habla de precio del contrato debe entenderse el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista. Ello resuelve a su vez la problemática referente a si en el precio debe o no incluirse el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava la operación. Se puede plantear la duda por el artículo 75.2 de la Ley dispone que "En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración". Esta expresión puede interpretarse tanto en el sentido de que el Impuesto forma parte del precio, si bien debe hacerse constar separadamente su importe, como que éste es partida independiente del precio. La conclusión más adecuada, si duda, es considerar que en el precio está

incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, como se desprende por el hecho de que se mencione, aunque sea para decir que se haga constar separadamente, en el artículo que regula con carácter general el precio de los contratos.

Otra cuestión que en este apartado plantea la Intervención General se refiere a si a la vista del concepto de valor estimado que se establece en el artículo 76 de la Ley de Contratos del Sector Público, debe incluirse o no en él el concepto de revisión de precios. A este respecto, el parecer de la Junta Consultiva debe ser contrario en base a dos argumentos fundamentales. En primer lugar porque no existe, ni en la propia Ley ni en su antecedente histórica más inmediato, la Directiva 2004/18, ningún precepto que avale esta inclusión en el valor estimado del contrato. Y en segundo lugar porque, desde el punto de vista práctico tampoco resultaría posible calcular el importe de dicha revisión. En efecto, legalmente la revisión puede hacerse tanto al alza como a la baja en función de la elevación o reducción de los índices que sirvan de base para la revisión, por lo que no es posible determinar de antemano cuál será el sentido de la revisión ni, por supuesto, el importe de ésta.

Básicamente lo mismo cabe decir respecto del segundo de los conceptos a que alude la Intervención General, el posible adicional de obra que se aprecie en la medición de ésta y que, de acuerdo con el artículo 217 de la LCSP, puede llegar hasta el 10% del precio primitivo del contrato. Esta adicional no es una partida cuya existencia dependerá de que en la medición de la obra resulten excesos respecto de las unidades previstas en el presupuesto. En tales casos y siempre que no superen el 10 por 100 del presupuesto de la obra, la Ley considera que estos excesos son consecuencia de inexactitudes del proyecto o del presupuesto que resultan inevitables por lo que se prevé la posibilidad de abonarlas sin necesidad de recurrir a modificación contractual alguna. En su consecuencia, aunque sean frecuentes, no forman parte del contrato, inicialmente, y, desde un punto de vista teórico, no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan, por lo que no deben ser tenidos en cuenta para determinar el valor estimado del contrato.

Finalmente, dentro de este apartado, la Intervención General solicita de la Junta Consultiva, que puesto que no se indica expresamente en la nueva Ley, se indique, en qué documento de los que integran el expediente administrativo debe el órgano de contratación establecer cuál es el valor estimado del contrato cuya contratación se pretende. A este respecto cabe decir que la Junta Consultiva, en su labor de interpretación de la norma, debe limitarse a señalar que el valor estimado del contrato debe figurar en el expediente de contratación a efectos de poder determinar si el contrato está o no sujeto a regulación armonizada y, en su caso, qué procedimiento de adjudicación debe seguirse. Sin embargo, la determinación del documento concreto en que dicho valor deba figurar no es función concreta de la Junta, pues, evidentemente, ante la falta de una disposición que lo establezca, basta con señalar que deberá figurar en alguno de los documentos que se incorporan al expediente de contratación, a fin de que se pueda proceder a la fiscalización previa y a la posterior aprobación del expediente (artículos 93 y 94 de la LCSP).

3. Plantea también en su consulta la Intervención General de la Administración del Estado una cuestión acerca de la obligatoriedad de constituir mesa de contratación en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 161.2 de la ya citada Ley, es decir aquellos supuestos en los que el procedimiento negociado es admisible por razón de la cuantía, si bien se exige publicidad por superar los límites previstos en la norma, es decir 200.000,- € para el contrato de Obras y 60.000,- € para los contratos de suministro y servicios.

La cuestión se plantea porque, mientras el artículo 295.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, establece que será obligatoria la constitución de la mesa cuando se trate de los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 161.1 de la misma Ley, en el último inciso dispone que en los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la mesa será potestativa, lo que interpretado "a sensu contrario" puede interpretarse en el sentido de que la constitución de la mesa es obligatoria en todos los procedimientos negociados con publicidad, es decir no sólo en los del artículo 161.1, sino también en los del 161.2. Esta última interpretación parece a juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la más razonable pues no existen razones de fondo para diferenciar entre un supuesto y otro. En consecuencia, teniendo en cuenta que la intervención de la mesa de contratación en el procedimiento para adjudicar el contrato comporta siempre una mayor garantía de cara a adjudicación del contrato debe concluirse que la aparente antinomia entre estos dos preceptos debe ser resuelta en el sentido de considerar que también en los supuestos contemplados en el artículo 161.2 debe constituirse la mesa de contratación.

4. Igualmente solicita la Intervención General el parecer la Junta Consultiva de Contratación Administrativa con respecto a la interpretación que debe darse a lo dispuesto en el artículo 182.4 de la Ley. Este precepto dispone que "cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basada se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación. Cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación..." que se llevará a efecto por los trámites establecidos en el propio artículo. En relación con estos puntos, la consulta se refiere a la determinación del alcance de la expresión "cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco", y en particular, qué se debe entender como términos del acuerdo marco y qué contenido mínimo deben abarcar para considerar que no es preciso convocar nueva licitación.

Con respecto a la primera cuestión, la Intervención duda acerca de si en el concepto "términos del contrato" deben considerarse incluidas "las condiciones referidas al objeto del contrato y su ejecución". Es criterio de la Junta que la expresión mencionada se refiere a todos aquellos elementos y cláusulas contractuales cuya determinación es precisa para la existencia del contrato como tal y ello porque la Ley no introduce matización alguna que permita limitar su alcance. Por tanto, es indudable que los términos del contrato se refieren a las condiciones referidas al objeto del contrato y su ejecución.

La segunda duda planteada por la Intervención hace referencia a los supuestos en que puede considerarse que todos los términos del contrato están establecidos en el acuerdo marco. Qué contenido mínimo debe tener éste para poder considerar que se cumple esta condición. La realidad es que esta pregunta no puede contestarse haciendo una enumeración de los elementos estructurales del contrato



que deben estar definidos ni de las cláusulas relativas a su ejecución que deben haberse fijado, pues es evidente que tales circunstancias dependerán de las características del contrato a celebrar.

Ello no obstante, y por regla general cabe entender que los requisitos estructurales del contrato, es decir la identificación del contratista, la de los elementos básicos que definen la prestación y el precio o el plazo de ejecución del contrato, deberán estar suficientemente determinados en el acuerdo marco, para que no sea preciso efectuar nueva licitación.

Sin embargo, con respecto al resto del contenido del contrato, no es posible hacer una determinación casuística previa, precisamente por la innumerable variedad de casos que pueden contemplarse. Por ello, es preferible hacer una enunciación genérica indicando que deberá considerarse que los términos del contrato están totalmente establecidos en el acuerdo marco, cuando para la celebración de los contratos concretos basados en él baste con los elementos definidos en el acuerdo marco, sin que sea necesaria la aportación de nuevos datos relativos a la ejecución del contrato por parte del adjudicatario.

Con ello resulta que es perfectamente posible, de conformidad con lo establecido en la Ley, que como consecuencia de la celebración de un acuerdo marco puedan haberse seleccionado varias ofertas de características similares, aunque no idénticas. En tales casos, será discrecional para el órgano administrativo destinatario de la prestación en que consista el contrato elegir entre cualquiera de las seleccionadas. Naturalmente, esta discrecionalidad puede estar condicionada por la existencia de normas de actuación propias del órgano destinatario o aprobadas con carácter general para toda la Administración de cara a establecer en qué condiciones debe hacerse la elección entre las diferentes ofertas seleccionadas. Pero, evidentemente éstas normas o instrucciones que puedan establecer los requisitos de la elección no tienen naturaleza contractual y por tanto su existencia o inexistencia es indiferente de cara a la determinación de si los términos del contrato están o no totalmente fijados por el acuerdo marco.

5. La siguiente cuestión planteada se refiere la interpretación que debe darse a la Disposición Adicional Novena letra h) de la Ley de Contratos del Sector Público cuando dice que "en los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la firma electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas; de no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada..".

Este consulta debe ser resuelta en el sentido de considerar que el primer envío debe contener la firma electrónica de la oferta, tal como indica literalmente la Disposición contemplada, pero el segundo, además de la oferta propiamente dicha, deberá, también, ir firmado electrónicamente con la finalidad de poder comprobar que se corresponde con la firma enviada dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas anteriores. De esta forma, además, tal como dice en su consulta la Intervención General se garantiza la autenticidad e integridad de la oferta remitida por medios electrónicos.

6. Finalmente, la consulta de la Intervención General plantea las dudas que surgen en cuanto a la interpretación que deba darse a la Disposición Transitoria Primera, especialmente en lo que respecta al régimen jurídico aplicable a aquellos contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad.

El origen del problema se encuentra en que algunos de los efectos del contrato están condicionados por la forma en que se regulen en el pliego de cláusulas administrativas particulares de tal forma que habiendo sido recogidos por éste bajo el régimen jurídico anterior, deban producirse y ajustarse a la nueva regulación, en aplicación de lo establecido por la Disposición Transitoria Primera.

De esta circunstancia podrían derivarse, de una parte, dudas en cuanto al régimen aplicable a los mismos, y de otra, la consiguiente inseguridad jurídica de las partes. Sin embargo, la solución, concebida en términos generales, sólo puede ser atenerse de forma estricta a lo dispuesto en la Disposición Transitoria puesto que de su redacción no se desprende la posibilidad de hacer una interpretación que no se ajuste literalmente a ella. En consecuencia, los actos de preparación del contrato, incluido el contenido de los pliegos, así como los relativos al procedimiento de adjudicación se deben regir por la norma vigente en el momento de publicarse el anuncio de licitación o de aprobarse los pliegos cuando se trate de un procedimiento negociado sin publicidad. Por el contrario, lo relativo a la ejecución, efectos y extinción del contrato se regirá por la norma vigente en el momento de la adjudicación, aún cuando sea distinta de la anterior.

Esta conclusión, no obstante, hay que entenderla de forma matizada para el caso de que la mención en los pliegos de algún elemento contractual pueda determinar con arreglo al régimen de la legislación anterior la producción de unos efectos distintos de los que deberían producirse al amparo de la actual. En tal caso, los efectos derivados de esta circunstancia debería regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aún cuando, con arreglo a la Ley actual, tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos puedan ser distintos.

## CONCLUSIONES:

De cuanto antecede deben derivarse las siguientes conclusiones:

1. Con respecto a las modificaciones contractuales:

a) La determinación apriorística de en qué supuestos debe considerarse que una modificación contractual afecta a condiciones esenciales de la contratación sólo puede hacerse a la vista de las circunstancias propias de cada caso. Ello debe entenderse sin perjuicio de que se deba tener en consideración el principio de que son esenciales "aquellas estipulaciones que de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente".

b) Por "corrección del proyecto inicial" a que se refiere el párrafo segundo del artículo 202.1 debe entenderse cualquier modificación que pueda introducirse en éste que sea admisible desde el punto de vista legal por ser conforme con las exigencias establecidas en el

párrafo primero de este mismo precepto para las modificaciones contractuales. Cualesquiera otras implicarán la redacción de un nuevo proyecto.

c) El apartado 2 del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público debe interpretarse en el sentido de que las modificaciones previstas deben cumplir los requisitos de responder a necesidades de interés público y de justificación de la concurrencia de éstas, pero sin que ello implique la prohibición de que afecten a condiciones esenciales del contrato.

d) Cuando el artículo 216 se refiere a "atender nuevas necesidades" o "incorporar nuevas funcionalidades" aunque hace uso del término modificaciones, lo hace en sentido amplio, sin tomar en consideración la precisión que con respecto a este término hace el artículo 202.1 al excluir de él los supuestos a que antes nos hemos referido, y en consecuencia no deben ser considerados tales casos como de modificación contractual "strictu sensu".

2. Cuando la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas emplea términos diferentes a precio, presupuesto o valor estimado, para referirse al aspecto cuantitativo de los contratos, el término utilizado deberán identificarse, de entre los tres que se definen expresamente, con aquel que, en función de la fase en que se encuentre el contrato -fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución- indique el valor del mismo con arreglo a la Ley.

3. La exigencia de constitución de mesas de contratación es exigible de acuerdo con lo dispuesto en artículo 295.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en todos los casos de procedimiento negociado con publicidad.

4. La referencia que el artículo 182.4 de la Ley de Contratos del Sector Público hace a los términos del contrato incluye "las condiciones referidas al objeto del contrato y su ejecución", y, asimismo, para considerar que todos los términos del contrato están fijados por el acuerdo marco será preciso que se haya determinado tanto los elementos estructurales del contrato como el contenido obligacional del mismo de tal forma que sea posible concluir el contrato sin necesidad de aportar nuevos elementos o condiciones al mismo.

5. Cuando la presentación de la Oferta se haga por medios electrónicos y en dos fases, la firma electrónica deberá figurar en las dos fases de la presentación.

6. Los efectos derivados de la mención en los pliegos de algún elemento contractual, cuando vengan establecidos en la norma vigente en el momento de aprobarse los pliegos, serán los determinados por esta norma, aunque sean distintos de los previstos en la Ley de Contratos del Sector Público, y ello aunque la adjudicación se hubiera efectuado con posterioridad a la entrada en vigor de ésta última.