

Informe 3/2015, de 25 de xuño de 2015, sobre a admisibilidade, como criterio de valoración de ofertas no contrato administrativo de obras, de maior volume de unidades de obra sobre as inicialmente previstas e definidas no Proxecto técnico ou documento anexo.

ANTECEDENTES

Polo Concello de Pontevedra dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

Consulta á XCCA Galicia sobre a admisibilidade, como criterio de adjudicación, de maior volume de obras sobre as inicialmente previstas, se estas se atopan suficientemente definidas no Proxecto Técnico ou documento anexo

Resulta frecuente nos procedementos para a contratación das obras municipais que, entre os criterios de adjudicación se consideren, como melloras, a execución de certo tipo de obras ou equipamentos.

Neste sentido, considérase que, en principio, as melloras consistentes na execución de maior volume de obras polo mesmo prezo non son admisibles, segundo o informe 29/1998 da JCCA do Estado, quen, entre outros aspectos, precisa que o obxecto do contrato está predefinido no Proxecto Técnico, cos seus planos, pregos de prescricións técnicas etc., de tal forma que tal é, e non outro.

Non obstante, a mesma JCCA, agora no seu informe 59/2009, matiza o anterior criterio e admite "melloras" consistentes en "prestacións accesorias", referíndose expresamente a "obras ou equipamentos", sempre e cando "los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato".

A JCCA de Cataluña, en informe 9/2012, refírese a variantes e melloras da mesma obra, non a melloras consistentes en maior volume. Aplica o art. 147 do TRLCSP e sinala que deben conterse nos pregos e no anuncio de licitación, así como que ha de precisarse sobre qué elementos e en qué condicións queda autorizada a súa presentación. Chama a atención sobre a previa definición do obxecto do contrato a través do seu proxecto. Engade que *"la admisión de variantes o mejoras no puede suponer modificar el objeto del contrato. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 25.10.1985 y de 18.05.2004."*

Algunha revista especializada (Contratación administrativa práctica) non as entende admisibles, salvo que se lle considere variante e todo o que implica (supervisión, modificación proxecto inicial, etc.).

O acordo 34/2013, de 16.10.2013, do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, insiste na necesaria vinculación co obxecto do contrato á hora de admitir estas prestacións, obras ou equipamentos como accesorios, diferenciándoos daqueles que, constituíndo un obxecto diferente, deberían ser obxecto de contratación independente. Entende: ***"En conclusión, al no tener las mejoras que el PCAP permite valorar una directa relación con el objeto del contrato, su inclusión constituye un fraude de Ley y, por ello, la reclamación debe ser estimada."***

Conxugando todo o anterior, podería entenderse:

Que as melloras como prestacións accesorias, incluíndo obras ou equipamentos deste carácter, son admisibles sen maior problema, sempre que garden relación directa co obxecto do contrato, estean previa e suficientemente definidas e establecidos os criterios de cómo se valorarán.

Das anteriores defiren aquelas que consisten en maior volume de obra polo mesmo prezo, pero que se refiren a obras das mesmas características e previamente definidas dun xeito claro. Trátase de canalizacións, pavimentacións, iluminacións de rúas, etc., en máis lonxitude da inicialmente sinalada no contrato. É dicir, emprégase como criterio de adjudicación a maior execución das mesmas unidades de obras, como poden ser máis metros lineais de canalización, m² de pavimentación, ou maior número de luminarias, seguindo o tramo da rúa.

En puridade, estas non son prestacións accesorias á inicial no sentido do informe da JCCA 59/2009, senón que amplían o seu obxecto aínda que exclusivamente no que atinxe á súa dimensión física. Por outra banda, tampouco constitúen variantes das iniciais, que non se alteran, senón a súa extensión.

Non obstante, este tipo de melloras vense admitindo, xa que o Concello licita a execución do tramo de saneamento, ou abastecemento, ata onde as súas posibilidades presupostarias lle permiten en cada momento, primando o interese público na maior extensión posible do servizo sobre os aforros que se poderían obterse no presuposto inicial, e considerando que, ao cabo, tales aforros se poderían reinvestir na mesma obra a través dun novo procedemento de contratación que, deste modo, se fai innecesario.

Trátase, para máis abastamento, dun criterio vinculado co obxecto do contrato, cal é a execución de tal servizo; é de valoración clara, automática e obxectiva; identifícase nos pregos; non existe indefinición previa, xa que as unidades de obra son as mesmas que as determinadas no proxecto inicial, execútanse polos prezos que no mesmo constan, e só serían admisibles se no propio proxecto técnico, ou en documento anexo, ou polo propio técnico municipal, se sinalan as rúas ou lugares onde se farán efectivas, debendo gardar a debida continuidade cos tramos inicialmente contemplados, e se informe a dispoñibilidade de ditos terreos (que sendo rúas municipais é de supor), o seu replanteo e demais extremos propios de supervisión.

Engádesse que non deben implicar variación das condicións de solvencia do licitador, ou no seu caso acredítalas debidamente.

En definitiva, solicítase o cualificado parecer desa XCCA sobre a admisibilidade destas últimas obras como criterio de adjudicación, nas condicións expostas.

Así mesmo, e para o suposto de tratarse de obras de urbanización relativas a unha determinada rúa, se poderían admitirse igualmente como criterio de execución a extensión de tal urbanización a outras rúas lindantes, incluso coa súa previa definición no proxecto técnico como obras de mellora, se ditas urbanizacións a maiores supoñen unha mellor satisfacción do fin perseguido coa primeira obra (como, p.ex., podería ser a mellora do tráfico, dos accesos a infraestruturas de comunicacións ou similares).

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestión que, en materia de contratación administrativa, sometan a súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1, entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2.- O Concello de Pontevedra, a través de escrito asinado polo seu Alcalde-Presidente, logo de comentar o criterio seguido pola JCCA nos informes 29/1998 e 59/2009, así como outras resolucións de contido similar, prántexalle a esta Xunta Consultiva, se resulta acorde coa lexislación en materia de contratación pública a posibilidade de que, entre os criterios de valoración das ofertas nos contratos de obras, se inclúan as chamadas “melloras en obra”, isto é, a realización de maior volume de obra polo mesmo prezo, sempre que se trate de unidades de obra a maiores das previstas e xa previamente definidas no proxecto, non podendo ser cualificadas como variantes ou mesmo prestacións accesorias, senón un simple incremento das unidades físicas a realizar, posibilitando deste xeito unha extensión ou aumento que repercute na mellora do servizo público ao que están afectas ditas obras (pavimentacións, redes de abastecemento ou sumidoiros, por exemplo), revertindo xa directamente na mesma obra as posibles economías ou aforros que se poderían obter cunha maior baixa na licitación do prezo do contrato.

3.- Resumida así, en síntese, a cuestión sobre a que se solicita o parecer desta Xunta Consultiva, cómpre analizar, en primeiro termo, cal é o obxecto do contrato de obras, pois tal como indica o art. 150 TRLCSP, os criterios para a determinación da



oferta máis vantaxosa economicamente teñen que estar directamente vinculados co referido obxecto que, no caso do contrato de obras, ten que estar definido con precisión no proxecto técnico previamente elaborado e supervisado, logo aprobado polo órgano de contratación (art. 121 TRLCSP) e coa coa incorporación da correspondente acta de reformulo, acto no que se comproba a realidade xeométrica da obra e a dispoñibilidade dos terreos precisos para a súa execución (art. 126 TRLCSP). Nestes preceptos adicados á regulación das actuacións preparatorias do contrato de obras, parece que o lexislador puxo especial énfase en resaltar a precisión coa que ten que estar delimitada a obra a executar e así, cando se regula o contido dos proxectos, indícase que a memoria ten que describir a situación previa e necesidades a satisfacer (art. 123.1 a), nos planos de conxunto e de detalle a obra ha de quedar perfectamente definida (b), o presuposto con prezos unitarios e descompostos, estado de medicións e detalles precisos para a súa valoración (d), un programa de desenvolvemento dos traballos, con previsión de tempo e custo, etc. Todo conleva, xa que logo, a garantir nun primeiro momento a certeza e seguridade sobre os elementos de custe sobre os que os licitadores terán que calcular a súa oferta e, nun segundo momento, evitar posibles imprevistos que deriven na necesidade dunha modificación.

4. En relación directa con ese afán de precisión do obxecto contractual ao que fan referencia os preceptos relativos á preparación do contrato de obras, débese salientar a importancia que para o conxunto da contratación pública ten o artigo 22 TRLCSP, no que literalmente se dispón que a “...a extensión das necesidades que pretenden cubrirse mediante o contrato proxectado, así como a idoneidade do seu obxecto e contido para satisfacelas, deben ser determinadas con precisión, deixando constancia delo na documentación preparatoria, antes de iniciarse o procedemento encamiñado a súa adxudicación”. Detrás desta cautela evidénciase a idea dunha administración eficiente dos fondos públicos, de xeito que non se contraten máis prestacións das que previamente ten programado a administración contratante, -a quen sempre lle corresponde a iniciativa neste eido da xestión pública-, unha vez analizadas as necesidades a satisfacer. Pola contra, se a extensión do ámbito da actuación vai a depender do prezo que oferten os licitadores, a programación na aplicación dos recursos públicos queda certamente condicionada pola decisión de terceiros. Non resulta así cando a administración contratante, logo de obter unha baixa de licitación, decide con plena autonomía a qué vai a adicar a economía obtida, podendo realizar, no seu caso, maior volume da mesma obra, unha vez elaborado o correspondente proxecto que a define e mesmo programe os tempos de execución.

5. Ben é certo que, con carácter xeral para todos os contratos, cando para a valoración de ofertas se teñan en conta criterios distintos do prezo, o órgano de contratación pode tomar en consideración variantes ou melloras, sempre que o prego de cláusulas administrativas particulares teña previsto esta posibilidade (art. 147), debendo informarse da mesma no anuncio de licitación do contrato e precisando os elementos e condicións en que poden ser presentadas. Esta posibilidade legal pode resultar aplicable cando se actúa en sectores ou ámbitos moi especializados na realización da prestacións, que ofrecen moitas variedades ou distintas combinacións. Pero a consulta realizada, nos termos que está exposta, parece que non se atén propiamente aos conceptos de variante (alternativa ofertada con respecto a algunha prestación) ou mellora (maior calidade ou intensidade na execución da prestación xa determinada nos pregos), senón que se trata en puridade dunha ampliación do obxecto do contrato, incrementándose as unidades de obra sobre as previstas no proxecto e apartándose así dos cálculos precisos realizados polo técnico redactor do proxecto para a determinación do orzamento de execución.

6. No sentido exposto nos apartados anteriores, resultan esclarecedoras as consideracións xurídicas efectuadas pola Xunta Consultiva de Contratación do Estado no informe 59/09, de 26 de febreiro de 2010, citado pola entidade consultante no seu escrito, nas que se parte dun suposto referido a un contrato de obras que tamén ten prestacións de subministro de mobiliario e, aínda así, limita a posibilidade das variantes ou melloras sempre que non contradigan o disposto nos preceptos referidos a debida elaboración dos proxectos, co contido preciso para a determinación do prezo de execución e licitación. Asemade, no caso de que se pretenda valorar a execución polo mesmo prezo de execución de obras ou subministros adicionais de mobiliario, non se cumpriría o requisito de concorrencia en circunstancias de igualdade se nos pregos non se especifica

claramente en qué consisten ditas obras ou elementos adicionais e cómo han de valorarse. En definitiva, neste informe invocado polo solicitante, fíxanse uns límites tan rigurosos para as melloras que impliquen a execución de prestacións accesorias -referidas a todo tipo de contratos na conclusión-, que practicamente imposibilita as coñecidas “melloras en obra” nun contrato xenuino de obras, é dicir, que só conteña unidades do que se coñece como obra civil ou de construción, nos termos nos que está definido no art. 6 do TRLCSP.

7. Como ben é sabido, un elemento fundamental de todo contrato é o prezo, do que se predica ante todo a súa certeza. Se ben o art. 87.2 TRLCSP admite con carácter xeral a posibilidade de fixación do mesmo a tanto alzado, no caso do contrato de obras esíxese que o presuposto conteña prezos unitarios e mesmo a súa descomposición nos distintos elementos de custo (art. 123 d). Coa suma de todas as unidades de obra multiplicadas polo seu custo unitario, obtense o presuposto de execución material, base da que se parte para a determinación porcentual dos gastos xerais e do beneficio industrial, engadíndose estas partidas para obter o prezo de licitación, indicándose o IVE como partida independente. Esta descomposición en partidas e factores resulta importante non só para a expedición das certificacións de obra, senón tamén para o eventual resolución anticipada do contrato, na que se fai necesario realizar o cálculo das unidades realmente executadas, para os efectos da correspondente liquidación. Pois ben, no caso de que se admitise a posibilidade de ofertar unidades de obra adicionais, realmente o licitador que se acolla a tal posibilidade está reducindo o cociente que resulta da división entre prezo total e número de unidades a executar, isto é, minórase o prezo unitario de cada unidade de obra sen que tal baixa se reflicte na súa oferta, dado que deberá incorporar o custo das unidades de obra adicionais que se compromete a realizar ao prezo de licitación ofertado, xa que de ningunha maneira pode admitirse que se poidan realizar prestacións accesorias de balde. Fronte a esta opción, os licitadores que non se acollan a esta posibilidade e presenten a oferta sen unidades de obra adicionais, en termos de igualdade, terán que presentar uns prezos unitarios máis baixos, xa que nos mesmos non incorporan os custos de ningunha obra adicional.

Xa que logo, a previsión de que poida haber ofertas coa inclusión de obras adicionais, aínda que poidan valorarse economicamente como criterio separado do prezo propiamente dito, desvirtúa a necesaria comparación das ofertas económicas en estricta igualdade, introducindo unha variable de custo que, sen embargo, non computaría nin a afectos de cálculo de baixas temerarias no momento de licitación, nin tampouco produciría incidencia ningunha para o caso de resolución anticipada de contrato, sen que ata entón se tivesen executado ditas obras adicionais.

CONCLUSIÓN

A vista das consideracións expostas, est a Xunta Consultiva entende que, tanto os preceptos do TRLCSP que regulan a preparación do contrato de obras, esixindo a precisión coa que ten que estar definida a obra a executar, coma os relativos a esixencia dun prezo certo, que debe estar expresado en termos unitarios e cuantificado con descomposición dos seus elementos de custo no proxecto técnico correspondente, non admiten a posibilidade de que nos pregos de cláusulas administrativas particulares se permita a execución de unidades de obras adicionais e se tome en consideración dita posibilidade coma criterio de valoración das ofertas separado e distinto do prezo, aínda que se trate de unidades de obra previamente definidas no proxecto técnico, xa que non pode considerarse dita posibilidade coma unha variante ou mellora, senón unha simple ampliación do obxecto contractual.

Santiago de Compostela, 23 de xuño de 2015