

Informe 4/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Inejecución de mejoras ofertadas. Consecuencias sobre el precio del contrato.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Calanda (Teruel) se dirige, con fecha 3 de febrero de 2015, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

A) ANTECEDENTES:

I.- Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Calanda, en sesión celebrada el día 26-7-2013, se adjudicaba a la UTE: ARAGONESA DE OBRAS CIVILES, S.L. – MARIANO MAROÑAS HERNAN, S.A, el contrato de la obra: “Infraestructura Municipal de Desarrollo Industrial y Agrícola, 8ª Separata del Tomo III: Explanación y Urbanización”, consistente en la urbanización de un polígono industrial promovido por iniciativa del Ayuntamiento de Calanda, con el fin de estimular e impulsar la implantación de nuevas industrias en el municipio.

El contrato comprende dos tipos de prestaciones:

a). La ejecución de las obras comprendidas y definidas en el proyecto técnico redactado por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, D. Alberto Lozano Carreras, con un presupuesto de 1.677.923,90.-€, IVA excluido, y que, por efecto de la baja ofertada por el contratista, resultaron adjudicadas a éste por el precio de 1.375.897,60.-€, IVA excluido.

b). La ejecución de las siguientes mejoras ofertadas asimismo por la UTE adjudicataria:

- Mejoras en el estudio de seguridad y salud con un valor estimado de 117.454.-€, IVA excluido, y cuyo coste o precio para el Ayuntamiento es de 0.-€.
- Mejoras en los sistemas y control de calidad con un valor estimado de 100.675.-€, IVA excluido, y cuyo coste o precio para el Ayuntamiento es de 0.-€.

II.- El Arquitecto redactor de la obra, Don Miguel Ángel Laguens Samperí, con fecha 20-10-2014 informaba por escrito al Ayuntamiento que para la correcta ejecución de las obras no era necesario implantar las medidas de seguridad y salud, ni ejercer los controles de calidad en el importe o presupuesto ofertado por el contratista en su escrito de mejoras, siendo adecuado y suficiente destinar a tales prestaciones los siguientes importes totales:

- Para mejoras en el estudio de seguridad y salud 90.722,12.-€ + IVA
- Para mejoras en los sistemas y control de calidad 19.463,92.-€ + IVA

TOTAL..... 110.186,04.-€ + IVA

Por otra parte, el propio proyecto técnico ya incluía partidas para cubrir las prestaciones de seguridad y salud y control de calidad por los siguientes importes:

- Para Seguridad y salud 29.021,31.-€. + IVA
- Para control de calidad 19.473,92.-€. + IVA

TOTAL..... 48.485,23.-€. + IVA

Por consiguiente, si se destinasen a cubrir la necesidades de seguridad y calidad los importes óptimos propuestos por la Dirección Facultativa, ello permitiría liberar de las mejoras ofertadas las siguientes sumas que podrían destinarse a financiar la propia obra contratada:

- Ahorro en seguridad y salud55.753,19.-€. + IVA
- Ahorro en control de calidad 100.675,00.-€. + IVA

AHORRO TOTAL 156.428,19.-€. + IVA

B) CONSULTA:

Se solicita informe de esa Junta Consultiva acerca de si las mejoras ofertadas por un licitador en el procedimiento de selección del contratista, y que fueron objeto de valoración en orden a la adjudicación del contrato, pueden finalmente no ejecutarse o ejecutarse parcialmente, destinándose el ahorro derivado de su no ejecución a financiar la propia obra contratada. Se trataría, en suma, de aplicar dicho ahorro al pago de las certificaciones de obra que se expiden.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 17 de marzo de 2015, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación, en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Calanda (Teruel), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de las consecuencias jurídicas y económicas que tiene para un contrato la inejecución de las mejoras ofertadas por el contratista.

El Sr. Alcalde de Calanda (Teruel), es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Las mejoras como criterio de adjudicación.

El artículo 147 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) establece:

«Artículo 147. Admisibilidad de variantes o mejoras.

1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o

mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación».

Además, también han de figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por así requerirlo el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

A las mejoras como criterio de adjudicación de la oferta se refirió esta Junta en su Informe 1/2011, de 12 de enero, así como en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, en el sentido de que *«estos requisitos exigidos por la Ley para las variantes o mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar. Para ello los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas y otras, cuales son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre el que son admitidas».*

Por otro lado, y a pesar de que aparentemente el artículo 147 utiliza como equivalentes los conceptos variantes y mejoras, sin embargo no son idénticos. Tal y como se señaló el Informe de esta Junta 11/2013, de 22 de mayo, con ocasión del análisis del concepto de *«oferta integradora»*, las variantes tienen como principal vocación la de presentar *«alternativas»* al proyecto, suministro o prestación requerida, es decir, soluciones técnicas distintas. Las mejoras, por su parte, pretenden aportar, sin alterar ni variar lo requerido por el Pliego de Prescripciones Técnicas, un valor añadido en relación con los aspectos que se consideren susceptibles de ser mejorados, en función de lo que los pliegos hayan permitido.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación, siempre que se 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.

Con mayor profundidad se analiza por este órgano consultivo el alcance de las mejoras en el Informe 2/2015, de esta misma fecha, a cuyo contenido nos remitimos en su integridad.

III. Mejoras en el control de calidad y la seguridad y salud de la obra.

La consulta del Ayuntamiento de Calanda hace referencia a mejoras ofertadas por el contratista en el control de calidad, y en la seguridad y salud de la obra, sin coste alguno para la Administración, cuya valoración para la adjudicación del contrato estaba prevista en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP).

A pesar de que la adjudicación del contrato se produjo en julio de 2013, los pliegos habían sido aprobados en marzo de 2011, por lo que aparentemente — ya que este órgano desconoce cuando se publicó el anuncio de licitación— le resulta de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), tal y como se refleja en el propio PCAP.

El RGLCAP, dedica a los ensayos y análisis de los materiales y unidades de obra su artículo 145, señalando que *«sin perjuicio de los ensayos y análisis previstos en el pliego de prescripciones técnicas, en los que se estará al contenido del mismo, el director de la obra puede ordenar que se realicen los ensayos y análisis de materiales y unidades de obra y que se recaben los*

informes específicos que en cada caso resulten pertinentes, siendo de cuenta de la Administración o del contratista, según determine el pliego de cláusulas administrativas particulares, los gastos que originen».

En este caso, el pliego de condiciones del Proyecto, aportado como documentación complementaria a requerimiento de esta Junta por la entidad local, establecía como requisito mínimo un importe máximo a cuenta del contratista destinado al control de calidad de la obra —ensayos y análisis de materiales y unidades de obra— del 1% del presupuesto de la obra, esto es 19 463,92 euros, importe que no quedaría afectado por la posible baja que pudiera producirse en la adjudicación de la obra.

En cuanto a la seguridad y salud en la obra, de conformidad con el artículo 124.1 h) LCSP, el Proyecto recoge un estudio de seguridad y salud cuantificado, según se afirma en el escrito de consulta, en 29 021,31 euros.

Así mismo, el PCAP contemplaba una ponderación de hasta 51 puntos para la oferta económica, y los restantes 49 para criterios de valoración dependientes de juicios de valor, entre los que figuraban mejoras adicionales en los sistemas de control de calidad y en el estudio de seguridad y salud, con hasta 4 puntos, cada uno de ellos.

En el PCAP se establecía expresamente *«estas mejoras no supondrán coste adicional y no tendrán la concepción de variante y/o alternativa a los proyectos y documentos técnicos que forman parte del contrato».*

Se establecían también los parámetros objetivos para considerar la oferta anormal o desproporcionada, pero únicamente en relación con el criterio precio, no con las mejoras evaluables, razón que a juicio de esta Junta ha podido contribuir a que el contrato se encuentre en la situación descrita por el solicitante, en relación a la ejecución de las mejoras ofertadas.

Por lo expuesto, el Proyecto recogía una valoración para las partidas, tanto de seguridad y salud, como de control de calidad, que en la licitación son

consideradas mínimas, pudiendo ser mejoradas por los licitadores en su oferta, sin coste para la Administración.

En este punto no puede pasarse por alto que debe analizarse, previamente a la licitación y en cada caso, el valor adicional que para una obra concreta representan este tipo de mejoras, limitándolas a lo efectivamente útil, con el fin de evitar que, como en el caso que nos ocupa, a la postre no resulten necesarias en toda su extensión.

IV. Inejecución de mejoras. Efectos sobre el precio del contrato.

El Ayuntamiento consulta si las mejoras ofertadas por un licitador que fueron valoradas en la adjudicación del contrato, pueden finalmente no ejecutarse, o ejecutarse parcialmente, destinándose el «ahorro» derivado de su no ejecución a financiar la propia obra contratada.

En principio, y por definición, las mejoras ofertadas y admitidas por la Administración, se integran en el contrato y no puede ser objeto de modificación; salvo que la naturaleza de las mismas lo permita, esté previsto en el Pliego y ambas partes estén de acuerdo. Las mejoras forman parte del contrato, y les es de aplicación el principio general, que se contiene en el conocido aforismo *pacta sunt servanda*. En el caso descrito, las mejoras han sido valoradas y cuantificadas, e integradas en la oferta económica del contratista, junto con el precio y, así pues, constituyen un elemento esencial del contrato.

Por ello, la sustitución de las mejoras por otras no previstas, o su inejecución, si fuera, o pudiera ser, objeto de modificación contractual, por cumplir con los presupuestos habilitantes, debería tramitarse de conformidad con las previsiones de los artículos 105 a 107 TRLCSP; con la instrucción del procedimiento contradictorio que la ley requiere. No puede ser de otro modo, ya que, en caso contrario, se estarían alterando las condiciones de la adjudicación; y liberando al contratista de ejecutar parte de las mejoras

ofertadas, que fueron cuantificadas y valoradas para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

En todo caso, la no ejecución de una mejora, por causa imputable al contratista, constituye un incumplimiento contractual, al que se aplicarán las consecuencias previstas en la Ley.

Ahora bien, la Administración no puede, de forma unilateral, detraer (minorar) de la certificación, el importe de la mejora del precio del contrato, cuya ejecución no ha sido exigida por la Administración, pues tal actuación estaría al margen del contrato, y de los principios que rigen la ejecución del mismo. Así pues, no es posible actuar en la forma y sentido que sugiere la petición de informe del Ayuntamiento de Calanda; esto es, destinando *«el ahorro derivado de su no ejecución a financiar la propia obra contratada»*.

Por último, este órgano quiere volver a insistir en la necesidad de ajustar el régimen de las mejoras como criterio de adjudicación a lo que realmente represente un valor adicional, con el fin de evitar situaciones desafortunadas como la planteada, en la que se han valorado para la adjudicación mejoras que no eran necesarias en su totalidad, complicando la ejecución de la obra.

Igualmente hay que insistir en que los órganos de contratación extremen el control y seguimiento sobre la ejecución de las mejoras ofertadas, asegurando su efectivo cumplimiento y materialización.

De hecho, gran parte de las irregularidades detectadas por los órganos de control externos, como el Tribunal de Cuentas o la Cámara de Cuentas de Aragón, en sus últimos informes de fiscalización de la actividad contractual de los distintos entes públicos (2008-2011), se refieren a mejoras valoradas en la adjudicación y no ejecutadas, alertando de una utilización inadecuada de las mejoras como criterio de adjudicación y de una falta de seguimiento adecuado de las mejoras comprometidas por el adjudicatario y, por consiguiente, integrantes del contenido del contrato.

III. CONCLUSIONES

I. Las mejoras como criterio de adjudicación —vinculadas al objeto de la prestación— pretenden aportar, sin alterar el objeto del contrato, un valor añadido en relación con los aspectos que se consideren susceptibles de ser mejorados, en función de lo que los pliegos hayan permitido y preservando siempre el principio de igualdad de trato.

II. En principio, y por definición, una mejora ofertada y admitida por la Administración no puede ser objeto de modificación, salvo que la naturaleza de la misma lo permita, esté previsto en el Pliego y ambas partes estén de acuerdo.

III. La sustitución de las mejoras por otras no previstas, o su inexecución, si fuera, o pudiera ser, objeto de modificación contractual por cumplir con los presupuestos habilitantes, debe tramitarse de conformidad con las previsiones de los artículos 105 a 107 TRLCSP, con la instrucción del procedimiento contradictorio que la ley requiere. En todo caso, la no ejecución de una mejora por causa imputable al contratista, constituye un evidente incumplimiento contractual, al que se aplicarán las consecuencias previstas en la Ley.

IV. La Administración no puede, de forma unilateral, detraer (minorar) de la certificación, el importe de la mejora del precio del contrato, cuya ejecución no ha sido exigida por la Administración, pues tal actuación estaría al margen del contrato, y de los principios que rigen la ejecución del mismo.

V. Es necesario ajustar el régimen de las mejoras como criterios de adjudicación a lo que realmente represente un valor adicional para el contrato y, posteriormente, extremar el control y seguimiento de su ejecución, asegurando su efectivo cumplimiento y materialización.

Informe 4/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 17 de marzo de 2015.