

Informe 56/04, de 12 de noviembre de 2004. "Inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de cláusulas que establecen la obligación del contratista de abonar a su cargo los importes del visado del proyecto por los colegios profesionales, los honorarios de dirección de obras y de coordinación de seguridad y salud. Efectos en la demora en la ejecución cuando el plazo de ejecución se ha incluido como criterio de adjudicación y obligación de comunicación de la incidencia por el director de la obra. Responsabilidad del Alcalde derivada de la firma del acta de recepción. La calidad como criterio de adjudicación. Justificación de la forma de adjudicación. Responsabilidad por incumplimiento de los requisitos aplicables en los proyectos".

Clasificación de los informes: 15.2 Concurso. 21.1 Proyectos y supervisión de proyectos. 21.2 Presentación de proyectos y ejecución de obras. 21.6 Ejecución del contrato.

ANTECEDENTES

1. Por la Alcaldesa Presidenta del Ayuntamiento de Camargo (Cantabria) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito de consulta sobre los siguientes extremos:

a) Si es legalmente posible incluir en los pliegos de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas, del concurso abierto que se desea convocar para la adjudicación de un proyecto de obras de "Construcción de nave para servicio de obras en Herrera de Camargo", por un importe de 240.000 euros y como gastos a cargo del adjudicatario de dicho concurso, el importe del visado por el Colegio profesional correspondiente del proyecto redactado por los Servicios Técnicos Municipales, y los importes de la Dirección de la Obra y de la Coordinación de Seguridad y Salud de los proyectos a desarrollar.

b) Cuando el menor plazo de ejecución es uno de los criterios de valoración del concurso, que se tiene en cuenta para su adjudicación y no se cumple por la empresa adjudicataria por causa que le es imputable ¿Es legalmente posible la imposición de sanciones o la concesión de prorrogas o hay que proceder a la resolución del contrato por incumplimiento del plazo? ¿Debe dar cuenta de este retraso el Director de la Obra al órgano de Contratación? ¿Si no es así, es responsable el Alcalde como representante del Ayuntamiento cuando firma el Acta de Recepción de las obras?

c) Uno de los criterios que se proponen para la adjudicación de un concurso abierto para la realización de unas obras es el siguiente: "Mayor calidad de la oferta. Se valorará hasta 25 puntos en base a una Memoria constructiva que detalle la programación de los trabajos, la organización y coordinación del proceso constructivo en el espacio y en el tiempo, y la planificación y medios establecidos para el aseguramiento de la calidad." ¿Cumple este criterio con la objetividad exigida en la Ley de Contratos o debe especificarse en que puede consistir esa mayor calidad? ¿Resulta compatible 'esta memoria con el programa de trabajo que se puede exigir en los pliegos de cláusulas administrativas y que aprobará el órgano de contratación?

d) ¿Es suficiente justificación a efectos del artículo 75.2 de la Ley de Contratos, que se recoja en el proyecto? "De acuerdo a los artículos 85 y siguientes del R.G.L.C.A.P. se propone que la adjudicación del presente contrato se lleve a cabo por el procedimiento abierto, mediante concurso."

e) Si el proyecto de las obras no reuniese los requisitos del artículo 124 de la Ley de Contratos y del Reglamento General de Contratación, ¿A quien se le podía imputar la responsabilidad?

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Las distintas cuestiones planteadas en el escrito de consulta han de ser examinadas y resueltas con independencia, al no existir más conexión entre las mismas que la referencia a la materia de contratación administrativa.

2. En cuanto a la primera cuestión planteada –la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas de un concurso, como gastos a cargo de adjudicatario de dicho concurso, el importe de los gastos de dirección de obra, de la coordinación de seguridad y salud de los proyectos a desarrollar y del visado del proyecto –debe recibir una

contestación negativa, si bien debe distinguirse, en cuanto a su fundamentación los conceptos de dirección de obra, coordinación de seguridad y salud y el visado del proyecto.

En cuanto a los primeros –gastos de dirección de obra- la cuestión ha sido abordada por esta Junta en sus informes de 30 de junio y 23 de diciembre de 1999, de 28 de febrero de 2003 y de 7 de junio de 2004 (expedientes 26/99, 51/99, 1/03 y 26/04), utilizando los dos últimos citados las siguientes palabras:

“La cuestión de la financiación por el contratista de los honorarios de un contrato de dirección de obras fue abordada por esta Junta en sus informes de 30 de junio, y de 23 diciembre de 1999 (expedientes 26/99 y 51/99) ambos emitidos a solicitud del Presidente de la Diputación de Burgos.

En dichos informes se llegaba a la conclusión de que la cláusula de un contrato que supone que la financiación del contrato de dirección de obras, la lleva a cabo el adjudicatario del contrato de obras, debe considerarse nula por contradecir el artículo 11.2 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y dicha conclusión debe reiterarse en el presente caso afirmando que los gastos de dirección del Técnico de Director de la obra, tiene que asumirlos la Administración, bien a través de sus propios técnicos, bien mediante el correspondiente contrato de consultoría y asistencia, sin que dichos gastos puedan, en consecuencia, considerarse incluidos en el concepto de gastos generales del presupuesto de la obra, ni pretender sean satisfechos por el adjudicatario del contrato de obras mediante incremento del precio del contrato.

El artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al establecer los conceptos que se incorporan al presupuesto de ejecución material para fijar el presupuesto base de licitación, que dará lugar al importe del contrato, no contempla los gastos de dirección de obra, por cuanto detalla con precisión en la letra a) del concepto 1. Gastos generales de estructura que incidan sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato, entre los que no se encuentran los de dirección de obra que no son gastos propios del contrato, sino que, en su caso, son propios de un contrato de consultoría y asistencia previsto en el artículo 196.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuando se produce el supuesto previsto en su artículo 202.1, concertado entre el órgano de contratación, en este caso el Ayuntamiento, y el técnico que actuará como Director de obra, sin que sea parte del mismo la empresa adjudicataria del contrato de obras, contrato para cual debe acreditar conforme al artículo 11.2 de la Ley que dispone de crédito adecuado y suficiente. Adviértase en tal sentido que toda la actuación que desarrolla el Director de obra regulada en la Ley y en el Reglamento está dirigida a cumplir su función como representante de la Administración, no como empleado del contratista”.

Los anteriores razonamientos son perfectamente aplicables al supuesto presente.

Consideraciones análogas deben realizarse en cuanto a los segundos –gastos de coordinación de seguridad y salud- ya que hay que tener en cuenta que el artículo 124.1, letra h), considera que forma parte del proyecto “el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras” (hoy Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre) y, por tanto, los gastos de honorarios del coordinador del estudio tiene que asumirlos la Administración, bien si elabora el proyecto a través de sus propios técnicos, bien mediante el correspondiente contrato de consultoría y asistencia, sin que dichos gastos pueda, en consecuencia considerarse incluidos en el concepto de gastos generales del presupuesto de la obra.

En cuanto al visado, tal como expresó esta Junta en sus informes de 12 de mayo de 1987 y de 18 de diciembre de 1996 (expedientes 10/87 y 64/96) no resulta necesario, ya que se declara que “en los supuestos de obras del Estado, Organismos autónomos y Entidades Locales basta la intervención de la Oficina de Supervisión de Proyectos o la aprobación técnica de la Entidad correspondiente, a que se refiere el artículo 47.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, sin que, en estos casos, resulte procedente el visado del Colegio profesional aunque las obras se dirijan por profesionales que no sean funcionarios

públicos. El carácter innecesario del visado determina que carezca de sentido plantearse la cuestión de a quién corresponde el pago de su importe.

3. En cuanto a la segunda cuestión planteada –incumplimiento del plazo de ejecución por causas imputables a la empresa adjudicataria y sus consecuencias-, debe ser resuelta de conformidad con los artículos 95 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 98 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que son los que abordan el tema de la demora en la ejecución de contratos y después de declarar que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para la ejecución sucesiva e indicar que la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración y de conceder a esta última la facultad de optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades dispone, en el artículo 98 del Reglamento, que “cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al artículo 95.3 de la Ley, opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato”.

En este apartado del escrito de consulta también se incluyen las cuestiones de si el director de la obra debe dar cuenta del retraso al órgano de contratación y, caso negativo, si existe responsabilidad del Alcalde, como representante del Ayuntamiento, cuando firma el acta de recepción de las obras, cuestiones ambas que merecen la primera una respuesta positiva dado que el director de la obra debe controlar en representación de la Administración, la ejecución de la obra y comunicar, por tanto, sus incidencias al órgano de contratación y la segunda una respuesta negativa, porque el sentido del acta de recepción es reflejar en este momento, el estado de las obras, haciendo constar la fecha de finalización y la demora en que haya incurrido el contratista, sin que exista responsabilidad del Alcalde por la firma.

4. En cuanto a la tercera cuestión planteada. -la posibilidad de utilizar como criterio de adjudicación la mayor calidad de la oferta- hay que tener en cuenta que, como puso de relieve el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 2 de marzo de 1998 (expediente 53/97) la calidad y, por tanto su mejora, es uno de los criterios objetivos que menciona expresamente el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo los criterios de las Directivas comunitarias entonces vigentes y ahora reflejados en el artículo 53, apartado 1 a), de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios. Por tanto los criterios de calidad y mejora de la calidad pueden figurar como criterios de adjudicación en los respectivos pliegos.

No obstante, ha de afirmarse que la cantidad y calidad de los concretos medios ofertados por los licitadores para garantizar la calidad de la prestación a ejecutar es un elemento cualitativo de la oferta que influye en su valor técnico, por lo que puede utilizarse como criterio de adjudicación, siempre que efectivamente se oferte y, por tanto, se integre en la prestación a ejecutar.

Lo que si deben diferenciarse, como hacía nuestro citado informe de 2 de marzo de 1998, es la calidad o su mejora de los medios de aseguramiento de la calidad, ya que los primeros pueden figurar, conforme a lo indicado, como criterios de adjudicación y los segundos como elementos de solvencia según las Directivas comunitarias (hoy artículo 98.2, letras b) y c), de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004). Por otra parte, también conviene señalar que exigencia de una “memoria constructiva que detalle la programación de los trabajos, la organización y coordinación del proceso constructivo en el espacio y en el tiempo y la planificación y medios establecidos para el aseguramiento de la calidad” difícilmente pueden conceptuarse como criterio de calidad, sobre todo por su confusión con el programa de trabajo a que hacen referencia los artículos 124.1, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 132 de su Reglamento

5. En cuanto a la cuarta cuestión planteada –la justificación de la utilización del concurso como forma de adjudicación de conformidad con el artículo 75.2 de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas- hay que indicar que la fórmula consignada en el escrito de consulta, aparte de la improcedencia de la cita del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que se refiere a las bajas temerarias, y que debe ser de la Ley, es insuficiente al no resaltar, que es lo que pretende el artículo 75.2 de la Ley, las razones determinantes de la utilización del concurso frente a la otra forma de adjudicación que es la subasta o la improcedencia de esta última.

6. La última cuestión planteada hace referencia a la responsabilidad si el proyecto de obras no reúne los requisitos del artículo 124 de la Ley y debe ser resuelta de conformidad con el apartado 5 del mismo artículo en cuanto establece que "cuando la elaboración del proyecto haya sido contratada íntegramente por la Administración de acuerdo con el artículo 196.2, letra a), el autor o autores del mismo incurrirá en responsabilidad en los términos establecidos en los artículos 217 a 219", debiendo significarse que el artículo 219, fundándose en tener que ser supervisado y aprobado el proyecto por el órgano de contratación, limita la responsabilidad del contratista al 50 por 100 del importe de los daños y perjuicios. Por otra parte el propio apartado 5 del artículo 124 añade que "en el supuesto de que la prestación se llevara a cabo en colaboración con la Administración y bajo su supervisión de acuerdo con el artículo 196.2, letra b), las responsabilidades se limitarán al ámbito de la colaboración". En definitiva, el precepto señala como responsables al autor o autores del proyecto con el matiz de que exista en su elaboración la colaboración con la Administración, en cuyo supuesto se reconduce la responsabilidad a los términos en que se desarrolla dicha colaboración y con la limitación del 50 por 100 prevista en el artículo 219 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.