



Expediente: 49/21. Asunción por el empresario del exceso de mediciones.

Clasificación de informes: 11. Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. 11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 11.5. Otras cuestiones. 20.1. Criterios de adjudicación. 21. Contratos de obras. 21.8. Modificaciones del contrato de obras. 21.11. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Se ha constatado la incorporación en los pliegos de condiciones administrativas particulares de licitaciones de contratos de obras de un criterio de adjudicación consistente en la atribución de un número variable de puntos a las empresas que asuman, sin coste para la administración licitante, los posibles excesos de mediciones no previstas en el proyecto, y que pudieran suponer un mayor coste de ejecución del contrato.

Como ejemplos podemos señalar los siguientes:

- *EJEMPLO 1. ASUMIR EXCESO DE MEDICIONES HASTA UN 10 %, se atribuirán 20 puntos a aquellos licitadores que asuman un exceso en mediciones de hasta el 10%*
- *EJEMPLO 2. ASUNCION DE POSIBLE INCREMENTO DE COSTE DE*



MOVIMIENTO DE TIERRAS (HASTA 4 PTOS). Compromiso por parte del licitador de asumir el posible incremento de coste en el movimiento de tierras generadas en la obra, por encima del importe marcado para tal capítulo en el proyecto base de licitación, en el caso de que la ejecución de la obra lo requiera, en base a las siguientes opciones:

*Opción nº 1: Del total del incremento de costes de movimiento de tierras generados en la obra, asumir el 20% correspondiente a dicho incremento
0,75 Puntos*

*Opción nº 2: Del total del incremento de costes de movimiento de tierras generados en la obra, asumir el 50% correspondiente a dicho incremento
2,00 Puntos*

*Opción nº 3: Del total del incremento de costes de movimiento de tierras generados en la obra, asumir el 100% correspondiente a dicho incremento
4,00 Puntos*

A estos efectos, se entenderá incluido en movimiento de tierras cualquier desbroce a realizar, excavaciones y rellenos, incluidas los de zanjas. Las opciones no son acumulables, y solo se deberá seleccionar una de ellas, en caso de que un licitador seleccionara por error varias de estas opciones, solo se tendrá en consideración la que suponga mayor puntuación.

• EJEMPLO 3. Mejora: hasta 100 puntos: Mejora consistente en asumir por parte del contratista los excesos de medición, errores del proyecto, o los elementos indispensables para el buen funcionamiento y aspecto de la obra, hasta un máximo de 20% del precio del contrato. Se puntuará con 100 puntos, máximo porcentaje asumido (hasta el máximo permitido). El resto de los porcentajes ofrecidos se puntuarán proporcionalmente.

• EJEMPLO 4. Asumir por parte del contratista los excesos de medición que de lo contrario pudieran suponer un mayor coste en la ejecución de la obra, o errores del proyecto, o la variación de los elementos indispensables para el buen funcionamiento y aspecto de los viales hasta un máximo del 20% del precio del



contrato: De 0 hasta 40 puntos. Se otorgarán 40 puntos a quien asuma el 20% del precio del contrato y se otorgarán 0 puntos a la/s que no oferten asumir excesos de medición. El resto de las ofertas se valorarán de forma proporcional. Expresamente se indica que el sentido de este criterio es el evitar que la obra suponga cualquier tipo de sobrecoste al Ayuntamiento. A fin de aclarar este criterio de adjudicación se establece que expresamente que se entenderán incluidos dentro de este apartado de forma ejemplificativa y no excluyente:

A) Aparición de imprevistos durante las obras debido a:

a) Distintas condiciones geotécnicas del terreno respecto de las previstas durante la redacción del proyecto de obra.

b) Existencia en el ámbito de la obra de servicios urbanos subterráneos no detectados durante la redacción del proyecto.

c) Otros imprevistos no detectados durante la redacción del proyecto que impidan completar la normal ejecución del contrato de obra.

B) Cambios que puedan suponer modificaciones en el trazado de las redes de instalaciones.

C) Cambios en la superficie que puedan suponer modificaciones en las alineaciones y rasantes de los viales, entronques a calles existentes.

Asimismo, el ayuntamiento no deberá abonar al contratista cantidad alguna derivada de los posibles daños y perjuicios sufridos durante el tiempo en el que la ejecución del contrato estuviera suspendida, por la aparición de las circunstancias que se indican en la presente cláusula.

CONSULTA: *A la vista de los anteriores antecedentes, se solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que, en interpretación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, se pronuncie sobre la adecuación a derecho de los criterios de adjudicación consistentes en puntuar la asunción por el adjudicatario de los excesos de medición e incrementos de costes que se pueden producir en la ejecución del contrato.”*



CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) plantea si resulta conforme con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), la introducción en los pliegos de los contratos de obras de criterios de adjudicación consistentes en la asunción por el adjudicatario de los excesos de mediciones e incrementos de costes que puedan producirse en la ejecución de un contrato como consecuencia de errores en el proyecto de obras.

2. Los excesos de mediciones se encuentran regulados, para el contrato de obras, en el artículo 242.4 de la LCSP y en el 160 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). Como se señaló en nuestros precedentes informes 27/2012 y 85/18 nos encontramos en presencia de un supuesto específico, dotado de una regulación expresa que se justifica por la dificultad de redactar un proyecto con precisión absoluta y que tiene por finalidad facilitar la ejecución de los contratos de obras al margen del régimen general de los modificados de los contratos, respondiendo a las exigencias propias de este tipo contractual, pues permite un margen de desviación en las mediciones efectuadas en las unidades de obra ejecutadas sobre las mediciones del proyecto de hasta un 10 % del precio inicial, sin que tal diferencia tenga la consideración de modificación del contrato. Como expresamente se señala en el artículo 160.2 del RGLCSP, estas variaciones se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas por la entidad contratante en las certificaciones mensuales o bien en la certificación final. Conforme a algunas de las cláusulas cuestionadas en la consulta parte de este coste sería asumido por el licitador y puntuado favorablemente a la hora de seleccionar al adjudicatario.



Por su parte, conforme a la consulta los sobrecostes derivados de errores del proyecto o de la variación de los elementos indispensables para el buen funcionamiento de la obra también serían asumidas en una parte por los licitadores, valorando las ofertas en función del mayor porcentaje de asunción de gastos. En condiciones normales, a diferencia de los excesos de mediciones, se trata de supuestos que podrían dar lugar a la modificación del contrato cumpliendo los requisitos exigidos en los artículos 203 a 207 y 242 de la LCSP. La introducción de nuevas unidades de obra a que pudieran dar lugar estas circunstancias deberán ser abonadas por la entidad contratante en las certificaciones correspondientes, sin perjuicio de las indemnizaciones por daños y perjuicios que pudieran reconocerse.

3. El objetivo perseguido con los dos tipos de cláusulas contractuales a que alude la consulta parece ser el de evitar que la ejecución de la obra pueda suponer un sobrecoste para la entidad contratante, admitiendo como criterio de valoración de las proposiciones que sea el adjudicatario del contrato el que asuma voluntariamente los posibles sobrecostes en que se puedan incurrir por las circunstancias citadas. Podemos anticipar que tales cláusulas resultan contrarias a la LCSP y que no resulta posible su introducción en los pliegos por las razones que a continuación se expondrán.

4. En un contrato de obras el objeto del mismo se concreta en el correspondiente proyecto, cuya aprobación corresponde al órgano de contratación (artículo 231 LCSP) y que debe comprender todos aquellos elementos necesarios para que la obra cumpla con su finalidad (artículo 125.1 y 4 del RGLCAP). Conforme al proyecto se determina tanto el valor estimado del contrato como el presupuesto base de licitación, que constituye el elemento en torno al cual se realiza la selección del contratista (artículo 233 LCSP) y de acuerdo con el cual se deberán ejecutar las obras una vez que hayan sido adjudicadas (artículo 238 LCSP). Su correcta elaboración constituye un elemento fundamental para una buena ejecución del contrato, tal como ha recordado en numerosas ocasiones el Consejo de Estado, por lo que la legislación de contratos públicos dedica diversos preceptos a establecer los mecanismos adecuados para garantizar su corrección antes de su



aprobación y a asignar las eventuales responsabilidades derivadas de los defectos que puedan detectarse durante su ejecución (artículos 233, 235, 236 y 315 de la LCSP y los concordantes del RGLCAP).

En el esquema diseñado por la LCSP, y salvo la excepción del contrato de obras a tanto alzado con precio cerrado al que luego aludiremos, el coste derivado de las variaciones en las mediciones y de los defectos en el proyecto corresponde a la entidad contratante sin perjuicio de la posibilidad que a ésta asiste de reclamar al proyectista su posible responsabilidad, recayendo sobre el contratista los riesgos derivados de la correcta ejecución del proyecto aprobado, que habrá sido objeto previamente de replanteo y de comprobación. Pues bien, en los casos objeto de consulta se pretende que el licitador asuma en todo o en parte estos posibles costes al admitir y puntuar como criterio de adjudicación dicha asunción, contradiciendo y vulnerando el régimen jurídico establecido con carácter preceptivo en la LCSP y alterando de forma improcedente el régimen de atribución de costes que la ley establece con carácter imperativo y no disponible para las partes del contrato público. No cabe duda en este punto, que las normas de responsabilidad fijadas por ley son inmodificables por la exclusiva voluntad de las partes o de una de ellas.

En este sentido, debemos recordar que la utilización de los criterios de adjudicación está supeditada al cumplimiento una serie de requisitos que son exigidos legalmente para admitir su inclusión en los pliegos, tal y como establece el artículo 145 de la LCSP. El apartado 5 b) de este precepto nos recuerda que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Por otro lado, los criterios de adjudicación deben de estar vinculados al objeto del contrato (artículo 145.5 a) de la LCSP), no siendo posible observar en un supuesto como el que nos atañe que una cláusula como la consultada pueda redundar en la mejor ejecución del contrato en cuestión. En opinión de esta Junta las cláusulas a que alude la consulta afectan al principio de igualdad en la medida en que el licitador que no quiera renunciar al



régimen de atribución de costes exigido imperativamente por la LCSP quedará claramente perjudicado en la puntuación obtenida, siendo discriminado respecto de aquellos que sí lo hagan. Este tipo de cláusulas supone igualmente una vulneración al principio de proporcionalidad porque resulta exagerado pretender que el licitador se vea forzado, si es que quiere resultar adjudicatario del contrato, a asumir los costes de una inadecuada redacción del proyecto so pena de resultar perjudicado en su puntuación final.

Pero además de los requisitos especificados expresamente en el artículo 145 de la LCSP resulta obvio que los criterios de adjudicación no pueden suponer la vulneración de los principios y de las normas que configuran el régimen jurídico de los contratos del sector público. El régimen de distribución de riesgos y de asunción de costes y responsabilidades en el contrato de obra no puede ser objeto de disposición ni alterado por las partes mediante su inclusión como criterio de adjudicación. Tal régimen de distribución de riesgos deriva de las previsiones legales, no está sujeto a disponibilidad en el pliego y mucho menos puede someterse a la competencia de los licitadores mediante la puntuación de su eventual rebaja en el curso de la licitación.

5. A mayor abundamiento, la inclusión como criterio de adjudicación de la asunción del coste de la realización de eventuales obras adicionales a las fijadas en el proyecto hasta un determinado porcentaje puede vulnerar el principio de determinación del objeto del contrato (artículo 99 LCSP). En efecto, en casos como el planteado en la consulta el objeto contractual resulta notablemente indeterminado en lo que atañe a las obligaciones del contratista ya que los licitadores no saben cuáles van a ser las prestaciones que habrán de asumir finalmente (puesto que algunas de ellas tienen un carácter puramente contingente), ni tampoco cuál va a ser el coste de las mismas, lo que atenta contra el principio de precio cierto e impide al licitador presentar su oferta conforme a lo establecido en el proyecto.



Otro efecto pernicioso de este tipo de cláusulas es que la determinación de las obligaciones contractuales del contratista durante la ejecución del contrato podría llegar a depender exclusivamente de la entidad contratante, lo que no sólo atenta contra los principios de transparencia y de libre competencia, al distorsionar todo el proceso de presentación de ofertas, que no pueden formularse adecuadamente con arreglo a criterios de mercado, sino también contra lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil, a tenor del cual *“la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

6. Tampoco es menor la importancia del argumento conforme al cual la asunción por parte del contratista de la realización de unidades de obra adicionales a las previstas en el proyecto aprobado por la Administración, bien por exceso de medición o bien por causa de un modificado por errores o insuficiencias en el proyecto, tiene como consecuencia un posible enriquecimiento injusto a favor de la entidad contratante. En estos términos se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias como la de 12 de diciembre de 2012. Indica el Alto Tribunal que no habiéndose computado en el precio las citadas prestaciones por no haber sido incluidas en el proyecto objeto de licitación, siendo imputable a la Administración dicha inclusión, su configuración como obligaciones del contratista sin compensación económica vulnera el equilibrio entre prestaciones que debe regir la relación contractual y los principios que para la determinación del precio de los contratos se prevén en el artículo 102 de la LCSP (de 2007) a tenor del cual los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados, precio que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. Obviamente tal cosa no ocurriría en supuestos como los analizados en el presente informe.



7. Todas estas razones justifican la ilicitud de las cláusulas a las que alude la consulta. Ocurre además que el artículo 241 de la LCSP permite que no se produzcan variaciones con respecto del precio fijado en el proyecto mediante el establecimiento de una fórmula jurídica específica denominada contratación de obras a tanto alzado con 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 errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto”*.

Se trata de un supuesto excepcional respecto al régimen general previsto en la LCSP de reparto de riesgos y costes entre las partes respecto de las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto y para cuya aplicación el apartado 3 de dicho artículo establece unos requisitos precisos. Tales requisitos son los siguientes:

“a) Que así se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, pudiendo este establecer que algunas unidades o partes de la obra se excluyan de este sistema y se abonen por precios unitarios.

b) Las unidades de obra cuyo precio se vaya a abonar con arreglo a este sistema deberán estar previamente definidas en el proyecto y haberse replanteado antes de la licitación. El órgano de contratación deberá garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubicarán las obras, a fin de que puedan realizar sobre el mismo las comprobaciones que consideren oportunas con suficiente antelación a la fecha límite de presentación de ofertas.

c) Que el precio correspondiente a los elementos del contrato o unidades de obra contratados por el sistema de tanto alzado con precio cerrado sea abonado mensualmente, en la misma proporción que la obra ejecutada en el mes a que corresponda guarde con el total de la unidad o elemento de obra de que se trate.

d) Cuando en el pliego se autorice a los licitadores la presentación de variantes sobre determinados elementos o unidades de obra que de acuerdo con el pliego de



cláusulas administrativas particulares del contrato deban ser ofertadas por el precio cerrado, las citadas variantes deberán ser ofertadas bajo dicha modalidad.

En este caso, los licitadores vendrán obligados a presentar un proyecto básico cuyo contenido se determinará en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

El adjudicatario del contrato en el plazo que determine dicho pliego deberá aportar el proyecto de construcción de las variantes ofertadas, para su preceptiva supervisión y aprobación. En ningún caso el precio o el plazo de la adjudicación sufrirá variación como consecuencia de la aprobación de este proyecto.”

Todo lo expuesto en este precepto confirma que, sólo por vía de excepción y con el cumplimiento de estos requisitos, resulta posible alterar el régimen previsto en la LCSP de forma que el contratista asuma los costes derivados de las circunstancias expuestas sin variar el precio del contrato.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

La introducción en los pliegos de contratos de obras de cláusulas por las que se introducen criterios de adjudicación que puntúan la asunción por el futuro contratista de los costes derivados de los excesos de mediciones y de las posibles modificaciones del proyecto aprobado por la Administración que sean necesarias para el buen funcionamiento de la obra sin variar el precio hasta un determinado porcentaje son contrarias a lo dispuesto en la LCSP.