

Informe 6/2008 de 11 de xuño de 2008: COMPETENCIAS DA XUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. MODIFICACIÓN DE OBXECTO CONTRACTUAL.

ANTECEDENTES

Do Concello de Vigo remítese Resolución do seu Alcalde-Presidente de 29 de abril de 2008 que literalmente dí:

"En data 28/11/2002 o Consello da Xerencia de Urbanismo do Concello de Vigo acordou:

"Primeiro. – Proceder á elaboración dun Plan especial de protección en substitución do actual Plan Especial y Catálogo Complementario de Edificios, Conjuntos y Elementos a Conservar en Vigo" (PEEC I-12), adaptado á vixente normativa urbanística e do patrimonio cultural (...)"

En cumprimento de dito Acordo e previos os informes pertinentes, no día 13/05/2004 o Consello da Xerencia acordou:

"Primeiro.- Aprobar os pregos de cláusulas económico-administrativas e de prescricións técnicas que rexerán o concurso aberto para a contratación da asistencia técnica encargada de redactar o Plan Especial do Ensanche-Cidade central de Vigo, en substitución do actual 'Plan Especial y Catálogo Complementario de Edificios, Conjuntos y Elementos a Conservar en Vigo' (PEEC I-12).

Segundo.- Autorizar o gasto derivado desta contratación, por importe total de 556.153 €, IVE incluído. Este expediente de contratación ten o carácter de anticipado de gasto, polo que a adxudicación quedará sometida á condición suspensiva da existencia de crédito adecuado e suficiente para financiar as obrigas derivadas do contrato.

Terceiro.- Convocar o concurso para a selección do contratista na forma legalmente prevista».

O anuncio da licitación por concurso aberto publicouse no Diario Oficial da Comunidade Europea do 16/05/2005, no BOP de Pontevedra núm. 96, do 20/05/2005, no DOG núm. 95, do 19/05/2005, e no BOE núm. 124, do 25/05/2005, rematando o prazo de presentación de ofertas o día 01/07/2005.

Nese prazo presentáronse dous candidatos ao concurso: "Consultora Galega SL", cunha oferta de 555.000 euros, e "María A. Leboreiro Amaro TAULA", con outra de 515.000 euros. Ambas concursantes propuñan rematar o traballo nun prazo máximo de 14 meses (dous menos do máximo fixado no prego de prescricións técnicas).

A Mesa de Contratación, reunida o 14/07/2005, propuxo adxudicar o concurso da asistencia técnica á mercantil "Consultora Galega SL". No 21/07/2005 o Consello da Xerencia Municipal de Urbanismo acordou "adxudicar o concurso de asistencia técnica encargada da redacción do Plan Especial do Ensanche.Cidade Central de Vigo á empresa "CONSULTORA GALEGA, SL" (CIF B-36.012.102) polo prezo de 555.000 euros". En data 10/08/2005 formalizouse o correspondente contrato.

No día 04/05/2006 o Consello da Xerencia de urbanismo acordou:

"1.- Requirir á empresa CONSULTORA GALEGA, S.L. para que no prazo dun mes entregue á Xerencia Municipal de Urbanismo de Vigo o informe previo que precise a metodoloxía aplicable, o contido dos traballos; así como o documento do Avance, co contido e na forma determinada na cláusula 4 do contrato e cláusulas 3 e 4 do Anexo do Prego de Cláusulas económico-administrativas para a contratación por concurso público da consultoría e asistencia técnica encargada da redacción do "Plan Especial do Ensanche-Cidade Central de Vigo", en substitución do vixente Plan Especial de Edificios, Conxuntos e Elementos a conservar en Vigo (PEEC).

2.- Advertir á empresa CONSULTORA GALEGA, S.L. que o incumprimento do devandito prazo suporá a inmediata incoación expediente administrativo de resolución de contrato de Asistencia técnica para redacción do "Plan Especial do Ensanche-Cidade Central de Vigo", concertado coa empresa CONSULTORA GALEGA, S.L. por incumprimento, por dita empresa, das súas obrigas contractuais ao non ter executado os traballos concertados nos prazos parciais fixados para a súa realización no contrato. "Dito Acordo notificóuselle á interesada o 8 de xuño de 2006".

En data 13/08/2007 a mercantil "Consultora Galega SL" presentou no Rexistro da Xerencia o Avance" do Plan Especial (doc. 70091938).

Mediante Oficio do 28/08/2008 (notificado o 31/08/2007) requiríuselle á contratista a corrección e ampliación da documentación presentada. Nos días 10/09/2007 e 1/10/2007 "Consultora Galega SL" presentou a documentación corrixida, incluíndo "a documentación para o procedemento de Avaliación Ambiental Estratéxica, con estrutura de Documento de Inicio, segundo o Anexo da Lei 9/2006, de 28 de abril, sobre avaliación dos efectos de determinados plans e programas no medio ambiente, para a súa remisión á Consellería de Medio Ambiente".

No día 24/09/2007 a Xunta de Goberno Local acordou:

'Primeiro.- Tomar coñecemento do avance do Plan especial de protección do ensanche e cidade central de Vigo (Expte. Nº 1064/411), de iniciativa municipal, redactado pola entidade mercantil "Consultora Galega SL" con data de agosto de 2007, así como das suxerencias formuladas ó mesmo pola Oficinas de Planeamento e Barrios Históricos da Xerencia Municipal de Urbanismo, expresadas na parte expositiva do presente acordo (suprimíndose o apartado 7.2 das mesmas).(..).

Cuarto.- Dirixirse á Consellería de Medio Ambiente da Xunta de Galicia comunicando o inicio da redacción do Plan Especial do Ensanche aos efectos do disposto no artigo 18 Ley 9/2006 e no artigo 7.2 da Lei 6/2007, de medidas urxentes en materia de ordenación do territorio e protección do litoral, acompañando dita solicitude do documento de inicio redactado polo equipo redactor do Plan do Ensanche, Consultora Galega S.L., presentado o día 14 de setembro de 2007".

A continuación abriuse un trámite de información pública polo prazo de un mes mediante a publicación de anuncios no DOG núm. 197, do 10/10/2007 e no diario Faro de Vigo do 5/10/2007.

No 29/10/2007 tivo entrada no rexistro da Xerencia de Urbanismo unha Resolución do Director Xeral de Desenvolvemento Sostible da Consellería de Medio Ambiente da Xunta de Galicia de data 11/10/2007 na que se dispuxo: "que se debe someter dito Plan á avaliación ambiental estratéxica prevista dentro do procedemento integrado de aprobación dos instrumentos de planeamento urbanístico previsto no artigo 7º da Lei 6/2007, do 11 de maio".

No día 07/02/2008 tivo entrada no rexistro da Xerencia Municipal de Urbanismo un escrito da Xunta de Galicia 31/01/2008 co que achegou o "Documento de referencia para a avaliación ambiental estratéxica, -AAE- do Plan Especial de Protección do Ensanche -Cidade Central de Vigo (PEPECC), Concello de Vigo".

Mediante oficio do 08/02/2008 déuselle traslado dunha copia do referido documento á contratista "Consultora Galega SL" (notificouse o 22/02/2008)

En data 04/03/2008 "Consultora Galega SL" presentou na Xerencia de Urbanismo unha solicitude de revisión do prezo do contrato, incrementándose en 153.884 €, con motivo da avaliación ambiental estratéxica á que se debe someter o Plan Especial.

No día 13/03/2008 o secretario e os directores das áreas de Planeamento, Servizos Centrais e Intervención Urbanística da Xerencia Municipal de Urbanismo emitiron un Informe desfavorable á devandita petición.

A continuación outorgóuselle á contratista un trámite de audiencia polo prazo de dez días (notificado o 24/03/2008). No 18/04/2008 a representante da mercantil "Consultora Galega SL" presentou un escrito de alegacións. Nel insistiu en considerar excluída do contrato orixinario a "avaliación ambiental estratéxica", solicitando a súa modificación cun incremento do prezo en 107.718,80 € (no lugar dos 153.884 € solicitados no seu escrito anterior).

En data 28/04/2008 o secretario e os directores das áreas de Planeamento, Servizos Centrais e Intervención Urbanística da Xerencia Municipal de Urbanismo emitiron un novo Informe ao respecto.

Considerándose as dúbidas xurdidas sobre se entre as obrigas contractuais asumidas por "Consultora Galega SL" no contrato de asistencia técnica para a redacción do Plan do Ensanche suscrito no seu día con esta Administración

municipal se inclúe ou non a de redacta-la documentación necesaria para que supere o trámite de "avaliación ambiental estratéxica", e á vista dos Informe emitidos, considero conveniente formular unha consulta sobre dito particular á "Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia", de conformidade co disposto nos arts. 2.1, 11 e 12 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro regulador da mesma.

En virtude do exposto, RESOLVO

PRIMEIRO: Solicitar da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia Informe sobre se entre as obrigas contractuais asumidas pola entidade mercantil "Consultora Galega SL" no contrato de asistencia técnica para a redacción do "Plan Especial do Ensanche e da Cidade Central de Vigo" suscrito no seu día con esta Administración municipal por un prezo de 555.000 euros se pode entender incluída a de redactala documentación necesaria para que supere o trámite de "avaliación ambiental estratéxica" requirido pola Consellería de Medio Ambiente da Xunta de Galicia, ou se polo contrario, dito traballo debe contratarse a parte (expte. 3009/407).

SEGUNDO: Notifíquesele esta Resolución á Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia (Consellería de Economía e Facenda da Xunta de Galicia) xunto cunha copia compulsada do expediente administrativo.

TERCEIRO: Contra esta Resolución non cabe interpór recurso ningún, por tratarse dun acto de mero trámite.

CONSIDERACIONS XURÍDICAS

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

2.- O motivo da consulta resúmese na dúbida que se lle presenta o órgano de contratación o resolver unha reclamación de cantidade da empresa adxudicataria dun contrato de asistencia técnica de redacción dun Plan Especial o entender ésta que a entrada en vigor, en fase de execución do contrato, de nova normativa legal en materia medioambiental que esixe a presentación de novos contidos do proxecto contratado (documento de avaliación ambiental estratéxica), dá lugar o seu aboamento incrementando o prezo inicial do contrato.

3.- Cabe sinalar en primeiro lugar que, respecto á presente solicitude, este órgano consultivo debe reiterar o reflectido no informe 1/2008, entendendo que non lle corresponde informar expedientes concretos de contratación, nin suplir as funcións

que, en virtude da lexislación vixente en materia de contratación, competen a outros órganos da actividade contractual. Tampouco actúa como fiscalizador das actuacións acordadas polos órganos con competencia na materia nin como preliminar nin substituta de instancias ás que lles corresponde resolver as reclamacións ou recursos que os interesados interpoñan.

Enténdese que, en atención o disposto no artigo 59.1 do Real Decreto Lexislativo 2/2000, de 16 de xuño, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas (en adiante TRLCAP), normativa aplicable neste contrato, o órgano de contratación ten a prerrogativa de interpretar os contratos administrativos, resolver as dúbidas que ofrezca o seu cumprimento ou modificalos, motivo polo que esta Xunta Consultiva non se pronunciará sobre a relación contractual concreta entre o Concello de Vigo e a empresa "Consultora Galega S.L." emitindo un ditame expreso sobre a situación plantexada.

4.- Non obstante o anterior, este órgano considera oportuno realizar certas matizacións que trala lectura do escrito petitorio e o análise da documentación aportada, convén aclarar, a efectos de determinación conceptual e procedimental.

5.- Indicar en primeiro lugar que, segundo o artigo 101 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (en adiante RXLCAP), aprobado polo Real Decreto 1098/2001, de 12 outubro, a alteración do prezo por aplicación de cláusulas de revisión non terá carácter de modificación de contrato, rexíndose exclusivamente polo disposto no artigo 103 e seguintes do TRLCAP e 104 e seguintes do Regulamento. Resulta conveniente, polo tanto, delimitar conceptualmente ámbalas dúas figuras co fin de deslindar a aplicabilidade da normativa correspondente na actividade contractual.

6.- Respecto á figura da revisión de prezos, o mantemento do equilibrio económico-financieiro dun contrato esixe que se poidan producir variacións de prezo certo inicial por recoñecemento de oscilacións monetarias ou variacións de prezo de elementos de custo previamente estipuladas. Trátase de trasladar a parte contratante beneficiaria riscos inflacionistas ou deflacionistas e incrementos ou decrecementos de custos que o lexislador entende deben ser obxecto de axuste en atención ó principio de boa fe contractual.

Esixe o TRLCAP que no prego de cláusulas administrativas particulares se detalle a fórmula ou sistema de revisión aplicable á revisión do prezo, e que éste se leve a cabo mediante os índices oficiais que determine o órgano de contratación (agás nos contratos de obras ou de subministración de fabricación nos que se aplica un réxime de cálculo distinto a través de formulas-tipo). En ningún caso a revisión de prezos ten por finalidade equilibrar financeiramente novas situacións xurdidas que impliquen unha modificación do obxecto do contrato, senon que debe obedecer a factores obxectivos de incrementos de custe non avaliábeles no momento de determinar o prezo.

7.- Distintas son as premisas polas que se debe iniciar unha modificación de contrato. Aquí non cambian os prezos de custo sobre os que se calcula o prezo do contrato, nin se contemplan as oscilacións inflacionistas ou deflacionistas do mercado, senón que cambia o obxecto mesmo do contrato.

Os diversos textos legais que regulan a materia de contratación administrativa veñen recollendo a figura da modificación do contrato e impondo perfís e acotacións en orde a unha delimitación da súa aplicación.

Entre os requisitos de legalidade de modificación dun contrato interesa, en concreto, sinalar as razóns de interese público da actuación e a xustificación do seu orixe en necesidades novas ou causas imprevistas, como premisa da súa legalidade e adecuación á normativa, circunstancias estas que deberán ser debidamente acreditadas no expediente (artigo 101). Será importante para determinar isto que nos pregos se establezan con precisión as necesidades a satisfacer con definición precisa do seu obxecto, así como referencia concreta o proxecto e o seu contido segundo a normativa sectorial aplicable a este tipo de contratos.

Así entendido, tratado o asunto que nos ocupa como un estudo ou informe que non estaba previsto no contrato e que resulte necesario executar como consecuencia de circunstancias imprevistas, deberá ser obxecto do inicio dun novo procedemento ao amparo do previsto no artigo 210 d) do TRLCAP.

8.- Doutra banda, no caso de referencia, atopámonos cun cambio legislativo (lei 9/2006) producido con posterioridade á sinatura do contrato e previo á entrega dos traballos que, segundo a empresa adxudicataria, provoca un incremento dos seus custos pola vía da introdución dun novo procedemento de Avaliación Ambiental Estratéxica que, tendo en conta a data de entrada en vigor da norma que o regula, 30 de abril de 2006, non formaba parte do obxecto do contrato inicial.

O artigo 98 do Real Decreto Legislativo 2/2000 do 16 de Xuño, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas establece que a execución do contrato se realiza a risco e ventura do contratista. Como sinala a STS do 30 de Abril de 1999, o principio de risco e ventura de contratista foi interpretado no senso de que o contratista asume o risco de poder obter unha ganancia maior ou menor (ou mesmo perder) cando os seus cálculos están mal feitos ou non responden ás circunstancias sobrevidas na execución do contrato, asumindo ou contratista o risco derivado das continxencias que poidan sobrevir na súa execución.

Agora ben, o principio de risco e ventura do contratista non pode ser obxecto dunha interpretación tan rigorosa que exclúa a responsabilidade da Administración noutros supostos, ademais do de forza maior, que provoquen unha maior onerosidade para o adxudicatario, con quebra do principio de equilibrio financeiro.

A xurisprudencia vén recoñecendo a derogación do principio de risco e ventura do contratista en virtude da aplicación das doutrinas "rebus sic stantibus" (ou do

equilibrio financeiro) e "factum principis". A cláusula "rebus sic stantibus" aplícase para os supostos nos que se produza unha extraordinaria alteración na economía dos contratos por causas anormais ou imprevistas, sempre que o desequilibrio financeiro non sexa imputable o contratista. Así a STS de 9 de Decembro do 2003 afirma que a doutrina do risco imprevisible, conectada á da cláusula "rebus sic stantibus", esixe que, como consecuencia da aparición dun risco que non puido ser previsto ao tempo de celebrarse o contrato, se alteren substancialmente as condicións de execución do mesmo, de maneira que a prestación pactada resulte máis onerosa para unha das partes do que inicialmente puidera preverse. No mesmo senso as sentencias do Tribunal Supremo de 19 de Xaneiro de 1998 e de 30 de Abril do 2001. Con outras premisas pero idéntica vontade de restablecer o equilibrio financeiro do contrato aplícase a doutrina do "factum principis" cando, durante a execución do contrato, desnívelanse as prestacións do contrato por causas de decisións administrativas que encarecen o valor dos factores produtivos incorporables á prestación do contratista. Conforme a ela, a Administración Pública, debe indemnizar os seus contratistas cando en virtude das disposicións xerais ditadas por elas se alteren as condicións económicas dos contratos pendentes, facendo para o empresario máis oneroso o cumprimento estrícto da prestación.

CONCLUSION

1º.- Polo exposto, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, en atención o disposto no artigo 59.1 do TRLCAP, entende que é o órgano de contratación o competente para interpretar os contratos administrativos, resolver as dúbidas que ofrezan o seu cumprimento ou modificalos, motivo polo que esta Xunta Consultiva non se pronunciará sobre a relación contractual concreta entre o Concello de Vigo e a empresa "Consultora Galega S.L." emitindo un ditame expreso sobre a situación plantexada

2º.- Non obstante o anterior e facendo abstracción do caso concreto requirido, indicar que a modificación do obxecto do contrato por causas sobrevidas, sempre que non sexan imputables ás partes contratantes, pode implicar a necesidade de restablecer o equilibrio financeiro do contrato por algún dos mecanismos previstos na normativa vixente en materia contractual e coa aplicatoriedade dos principios xurídicos anteditos.