

Informe 7/2016, de 29 de setembro, sobre a posibilidade de compensar a contía das melloras non executadas cun desconto na última certificación.

ANTECEDENTES

Pola Deputación de Pontevedra dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

“A Deputación Provincial de Pontevedra está tramitando a certificación final (2ª fase) da obra "ampliación Museo de Pontevedra e Rehabilitación do edificio Sarmiento", xurdindo unha discrepancia de criterios entre o Secretario e o Interventor desta administración, o que leva a solicitar a esa Xunta Directiva informe aos efectos de que órgano de goberno adopte a decisión máis adecuada conforme a dereito.

Para iso ponse en coñecemento desa entidade os seguintes antecedentes:

Primeiro: O Pleno da Corporación Provincial, na súa sesión ordinaria do día 30 de decembro do 2003, adjudicou o contrato da obra "*Ampliación do Museo de Pontevedra e inhabilitación do Edificio Sarmiento*" á empresa ACS PROYECTOS, OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. (hoxe, DRAGADOS, S.A.), polo prezo ofertado de 12.889.292,32 €, IVE Incluído (Doc. 1).

Segundo: A adjudicataria ofertou melloras valoradas no importe total de 88.615,43 €, nos seguintes puntos, que se detallan na propia oferta (Doc. 2):

- 1.- Control de iluminación
- 2.- Instalación de TV
- 3.- Instalación de voz e datos
- 4.- Instalación de seguridade, e
- 5.- Cámara web para control de obras.

Nembargantes, á vista do expediente, obsérvase unha contradición no importe destas melloras, que ascenden a cantidade de 122.324,74 €, segundo o informe de avaliación das ofertas achegado pola UP ARQUITECTOS, S.L.(Doc.3), e así aparecen no propio contrato (Doc.4).

Terceiro: Con data de 11 de maio de 2015 (Registro entrada núm. 2015057706), a empresa construtora presenta certificación final da obra (Doc. 5), polo importe de 243.401,51 €, acompañando a correspondente relación valorada para xustificar o importe das obras executadas ata o 14 de xaneiro de 2015, a factura e o certificado final de obra.

Cuarto: No proceso de fiscalización desta certificación, o Servizo de Intervención solicita que, antes da súa aprobación, se emita un informe sobre a execución das melloras ofertadas pola empresa.

En virtude desta petición, o Servizo de Contratación, con data de 11 de setembro de 2015 (Registro saída núm. 2015022139, de 11/09/2015), require á empresa DRAGADOS, S.A e ós directores da obra para que emitan o correspondente informe sobre a execución destas melloras (Doc. 6 e Doc. 7).

Quinto: Pola súa parte, DRAGADOS, S.A., con data de 24 de setembro de 2015 (Registro entrada 2015103172, de 2/10/2015), informa que, das melloras ofertadas, se executou o sistema de cámara web, avaliado na cantidade de 9.000,00 €, mentres



que o resto das melloras non se executaron, por consideralas inconvenientes a Dirección facultativa, os responsables da xestión do Museo e/ou a Deputación (Doc. 8).

Asemade, informa que, en contraprestación a estas melloras non executadas, colaboraron executando outros traballos, a petición do Servizo de Arquitectura (avaliadas no importe de 48.599,35 €), da Dirección de xestión do Museo ou da súa Dirección Técnica (avaliadas no importe de 81.261,91 €) e da Dirección facultativa (avaliadas no importe de 10.557,97 €).

Sexto: Á vista do informe achegado por DRAGADOS, S.A., o Servizo de Contratación, con data de 7 de outubro de 2015, solicita ó Servizo de Arquitectura e ó Director do Museo que indiquen se están conformes, respectivamente, co recollido no devandito informe sobre as correspondentes contraprestacións solicitadas (Doc. 9 e Doc. 10).

Sétimo: Con data de 3 de novembro de 2015, o Servizo de arquitectura, en relación os traballos que DRAGADOS, S.A. indica que solicitou o devandito servizo, por valor de 48.599,35 €, informa o seguinte (Doc. 11):

En canto á “Instalación de 4 pezas de chan técnico de madeira nas esquinas do claustro do edificio Sarmiento, para evitar caídas do público polo desnivel entre pavimento de pedra e superficie axardinada. 2.879,80 €”, sinalouse ó director da obra que existían defectos construtivos na devandita área que debían ser emendados.

En canto á “Formación dun forxado sanitario, tipo cáviti, na planta sótano 2 do 6º Edificio (baixo á rampa do garaxe), para conseguir unha superficie saneada e sen humidade e permitir a formación dun local de almacén. 6.659,35 €”, non poden asegurar se é unha mellora ou un aumento de medicións do proxecto orixinal, xa que esta área carecía do forxado sanitario que posúe o resto do sótano do 6º Edificio.

En canto ó “Reforzo do chan técnico de madeira nas dúas salas expositivas do Edificio Sarmiento tras a súa primeira musealización, que fora executado segundo as especificacións do proxecto, mediante o montaxe dunha subestrutura de perfís e lllantas de aceiro para conferir maior rixidez ó pavimento trasladando cargas ós arcos de cantería. Deste xeito, obtívose a posibilidade de posicionar con maior liberdade os elementos da musealización nas devanditas salas. 34.557,60 €”, sinalouse ó director da obra que executouse defectuosamente e que debía ser emendado.

En canto ás “Labores de selado e reparacións varias no lucernario do edificio do Arquivo da Deputación de Pontevedra, colindante co edificio Sarmiento e obra allea a Dragados. 4.502,60 €”, non recordan dar instrucións ningunhas á empresa DRAGADOS, S.A. para o selado do lucernario descrito.

Oitavo: En contestación a este requirimento, con data de 7 de outubro de 2015, o arquitecto director da obra D. Eduardo Pesquera González, informa que as devanditas melloras poden resumirse en tres grupos en función da súa conveniencia á obra proxectada (Doc. 12)

- Melloras axeitadas ó proxecto, nas que inclúe o sistema de cámara web para o control das obras, que, segundo este informe, se instalou e utilizou.
- Melloras non axeitadas ó proxecto, nas que inclúe o sistema de control de iluminación que, segundo este informe, non se realizou.
- Melloras axeitadas, pero que non cumprían coa complexidade demandada polo Museo, nas que inclúe a instalación de TV, seguridade e voz e datos, que, segundo este informe, non se realizaron, xa que foron executadas directamente pola Deputación.



En dito informe establécese que as melloras "...no han sido incluídas en las certificaciones mensuales emitidas..

Segundo o referido informe, a avaliación correspondente á instalación e utilización do sistema de cámara web ascende á cantidade de 9.000,00 €, polo que as melloras ofertadas e non executadas ascenden á cantidade de 113.324,74 €.

Asemade, indica que, se realizaron outros traballos non contemplados nos documentos do proxecto sen que a dirección de obra realizase una valoración de ditos traballos ó non ser solicitado, e entenderse segundo a súa opinión que estes traballos eran contraprestación das non realizadas.

Estes traballos serían:

- A.** - Os traballos referidos executados na FASE I á solicitude da propiedade —segundo o director de obra- os seguintes:
1. Pintado de todos os difusores de instalación de climatización ubicados no pavimento de sala de exposicións temporais, para adquirir o mesmo color que o pavimento de madeira.
 2. Instalación de carpintería practicable en oco-ventana de conexión visual entre Sala de control e Sala de Actos.
 3. Acabado interior de Cabina de Información e Control del Vestíbulo na mesma madeira de eucalipto blanqueada que o exterior, unha vez definido por parte da Propiedade o seu uso definitivo.
 4. Suplemento a la instalación de Iluminación na sala de exposicións temporais para a súa inauguración con motivo da Bienal de Pontevedra.
 5. Módulos conformados por paneis tipo DM revestidos e pintados na sala de exposicións temporais para a súa inauguración con motivo da Bienal de Pontevedra.
 6. Diversos traballos de apoio na sala de exposicións temporais para a súa inauguración con motivo da Bienal de Pontevedra. Estes traballos e os dous anteriores (4 e 5) foron colaboracións da empresa construtora que foron recoñecidos como "Patrocinan" pola Propiedade nas publicacións da Bienal de Pontevedra, ó igual que o traballo realizado por esta dirección de obra para o deseño do montaxe da exposición.
 7. Substitución do remate de pavimento municipal da calle Arcos con fachada do edificio, mediante execución de pavimento de granito.
 8. Execución de solera tipo caviti en espazo sobrannte baixo rampla en plante segundo soto, para habilitar espazo para posible futuro almacén.
 9. Diversos traballos de limpeza e/ou reparacións en lucernario, cubertas, salas de instalacións, talleres,..., por humidades ocasionadas por falla de mantemento e limpeza tras a ocupación e uso por parte da Propiedade do edificio.
 10. Suplemento á instalación de iluminación nas Salas de Restauración.
- B.** - Os traballos referidos executados na Fase I á solicitude desta Dirección de Obraforon as seguintes:
1. Bancos de madeira de eucalipto blanqueada adosados á escaleira de edificio- vestíbulo que protexen a instalación de climatización tipo fan-coil, permitindo o seu rexistro de mantemento.
 2. Pintado exterior da cara inferior das losas inferiores das dúas pasarelas de conexión co edificio Sarmiento.
- C.** - Os traballos referidos executados durante a execución do Proxecto Complementario por motivos sobrevenidos por



terceiros foron os seguintes:

1. Instalacións e obras provisionais á espera da intervención da Compañía de subministro eléctrico.
2. Retrasos notorios provocados polas obras a executar por terceiros (Compañía subministradora/Concello de Pontevedra).

D. -Os traballos referidos executados na Fase II a solicitude da Propiedade foron —segundo o Director- os seguintes:

1. Diversos traballos de colaboración coa Propiedade para recoller as pezas de arqueoloxía de grande dimensión e peso que non se trasladaron por parte da Propiedade para executar os traballos de demolicións en planta baixa do edificio Sarmiento. Este feito ademais provocou atrasos na planificación da execución das obras.
2. Diversos traballos de desmontaxe, traslado, limpeza e posterior montaxe das instalacións auxiliares de obra, ubicadas na área valada destinada a tal efecto, para posibilitar a realización de diversos actos públicos. Estes traballos realizáronse en al menos dúas ocasións.
3. Diversos traballos de colaboración no traslado e montaxe de miliarios en Sala de miliarios, fundamentalmente a demolición e desescombro de restos de solera executada por empresa contratada por Propiedade para eses traballos.
4. Diversos traballos de limpeza e reparacións de pavimento de salas de exposicións de edificio Sarmiento, trala primeira ocupación parcial de ditas salas para a montaxe da exposición de motocicletas.
5. Diversos traballos de reparacións de pavimento de salas de exposición en planta primeira de edificio Sarmiento, trala ocupación de ditas salas para montaxe por parte da empresa contratada pola Propiedade da exposición permanente (sen atender os criterios expostos por esta Dirección de Obra). Traballos consistentes en desmontaxe completo de módulos de pavimento, reforzo da súa subestrutura mediante pletinas de aceiro, reparación de módulos de madeira, montaxe e limpeza de pavimento de madeira.
6. Substitución de sub-base de grava de pavimento flotante de granito en base de miliarios (que permitía a ventilación de posibles humidades de esa zona afectada por non desmontarse os miliarios) por unha solera de formigón armado e pavimento de granito. Esta execución foi realizada —a petición do Director de Xestión do Museo- en contra da opinión técnica de esta Dirección de Obra.

E. - Os traballos referidos executados na Fase II a solicitude da Dirección de obra foron os seguintes:

1. Diversos traballos pequenos remates de execución na rehabilitación de muros de mapostería e de remates de elementos de cantería, en unidades onde estes remates non estaban contemplados por inesperados nos documentos do proxecto.

Noveno: O Xefe do servizo de contratación emite informe de data 20 de novembro de 2015 no que conclúe o seguinte (Doc.13):

1. As melloras ofertadas e non executadas por DRAGADOS, S.A., constitúen prestacións non realizadas obxecto do contrato, que non darían dereito ó seu abonamento, atopándonos ante un incumprimento contractual, no caso de que a non execución destas melloras fora por causas imputables ó contratista, coas consecuencias que prevé a normativa en materia de contratación.
2. En ningún caso se tramitou expediente de modificación do contrato de conformidade co establecido no artigos 105 do TRLCAP.



3. As melloras recollidas no informe de DRAGADOS, non son máis que unha valoración económica unilateral.
4. En canto á *presunta* contraprestación das melloras non executadas por outros traballos non previstos, non queda acreditado no expediente, quen deu as ordes para realizalas.
5. O que o contratista xustifica como melloras non responden directamente a aspectos relacionados co obxecto do contrato ou se complementa coa execución da obra.

Décimo: Con data 02 de decembro de 2015 o Servizo de Intervención emite informe de fiscalización da referida certificación no que se manifesta que (Doc. 14):

"...dado que a empresa ofertou melloras por importe de 122.324,74€, obxecto de valoración na adxudicación do contrato, que unicamente se xustifica a execución destas por un importe de 9.000,00€, polo que as melloras ofertadas non executadas ascenden a 113.324,74€, e que non queda acreditado no expediente que a causa da falta de execución desas melloras non sexa imputable ó contratista, procédese a descontar esa cantidade da presente certificación. Do que resulta un orzamento de execución material de 55.715,83€, e un importe total, con gastos xerais, beneficio industrial e IVE, de 80.225,22€. Correspondendo percibir así pola presente certificación a cantidade de 66.321,04€, unha vez practicadas as retencións en concepto de dirección de obra e control de calidade."

Undécimo: En data 18 de decembro de 2015, o Secretario emite o seguinte informe (Doc. 15):

"...Hai que dicir que o contratista ten dereito ó aboo da prestación realizada, nos termos establecidos na lei, no contrato e con arranxo ó prezo convido e ós efectos do pago, a Administración expedirá mensualmente certificacións que comprendan a obra executada durante dito período de tempo (art. 216.01 e2 do RDL3/2011, de 14 de novembro, TRLCSP).

...Son pois ordes de pago vinculante para a Administración e responden a resultados parciais da obra realmente executados e permiten que unha vez realizada o contratista poida esixir o pago da mesma, polo que a Administración terá a obriga de aboar o prezo (art. 216.4 TRLCSP). É no obxecto do contrato, reflectido no prego de cláusulas, onde están determinadas as obras a realizar (1.273 C. Civil e 26.1c) e 131.1a) TRLCSP) que de realizarse deberá aboar a Administración, senón estaría incorrendo nun enriquecemento inxusto por parte desta.

...

A Administración no pode, pois, cobrarse o importe das melloras ofertadas e non realizadas polo adxudicatario con cargo ás certificacións de obra, pois para iso está o instituto da garantía definitiva (art. 95 TRLCSP). Tal actuación, unilateral da Administración, de realizarse, ó non terse esixido a súa execución, estaría a marxe do contrato.

A posibilidade de aplicar a compensación como forma de extinción de obrigas (art 1.156 C.civil) sería posible debido o rango supletorio do dereito privado (art 19.2 TRLCSP). Agora ben, isto sería discutible ó estar a súa presentación fora de prazo e ter que aprobarse a mesma mediante o procedemento de recoñecemento extraxudicial de crédito."

Por todo o exposto, e á vista de disparidade de criterios entre os informes do Secretario e o Interventor en canto a posibilidade de compensar a contía das melloras cun desconto na cantidade a percibir no pagamento da última certificación, e para que a o órgano competente para aprobalas, teña a claridade necesaria para acordar a decisión máis adecuada e axustada a dereito, solicítase á Xunta Consultiva de contratación administrativa informe, o máis axiña posible, sobre o seu parecer.

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 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 de Galicia. Así mesmo, A Presidenta da Deputación de Pontevedra é órgano competente para formular solicitude de informe á Xunta, de conformidade co disposto no artigo 11 do Decreto antes citado.

2.- A Deputación de Pontevedra solicita informe sobre *“a posibilidade de compensar a contía das melloras cun desconto na cantidade a percibir no pagamento da última certificación, e para que a o órgano competente para aprobala, teña a claridade necesaria para acordar a decisión máis adecuada e axustada a dereito”*.

3.- Cabe sinalar en primeiro lugar respecto á presente solicitude, que este órgano consultivo debe reiterar o reflectido en informes anteriores no senso de que non lle corresponde informar expedientes concretos de contratación, nin suplir as funcións que competen a outros órganos da actividade contractual de conformidade co disposto no apartado 8 da Disposición adicional segunda do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector público aprobada polo RDL 3/2011 (en adiante TRLCSP). 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.

Non obstante, si lle compete dar resposta a consultas xurídicas do ámbito da contratación pública que revistan un interese xeral e, nese orde, o tema abordado permite emitir un informe cun pronunciamento xenérico que este órgano entende de interese habida conta das dúbidas que a miúdo suscita polo que cabe facer algunhas apreciacións ao respecto sen entrar a dirimir controversias concretas.

4.- Sobre as melloras.

O artigo art. 147 do TRLCSP prevé a consideración das melloras como criterio de adxudicación sempre que o prego de cláusulas administrativas particulares (en adiante PCAP) prevexa expresamente tal posibilidade. En tal caso deberase indicar no anuncio de licitación do contrato sobre qué elementos e en qué condicións queda autorizada a súa presentación, indicación que tamén ha de figurar no PCAP, por así requirilo o artigo 67 de Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (en adiante RXLCAP), o cal tamén esixe que se especifique nos pregos os requisitos, límites, modalidades e aspectos do contrato sobre os que son admitidas.

Doutro lado, de acordo co artigo 150.1 do TRLCSP, para a valoración das proposicións e a determinación da oferta economicamente máis vantaxosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados ao obxecto do contrato, debendo garantirse en todo caso o cumprimento dos principios de publicidade e transparencia dos procedementos, así como non discriminación e igualdade de trato dos candidatos proclamados nos artigos 1 e 123 da citada Lei.

En consecuencia, a introdución de melloras como criterio de adxudicación esixe a súa relación directa co obxecto do contrato, unha adecuada motivación, a súa previa delimitación nos pregos -ou, no seu caso, no anuncio de licitación-, e a ponderación das mesmas. Así declarou o Tribunal de Xustiza da Unión Europea na Sentenza do 16 de outubro de 2003 (asunto Traunfellner GMBH) a obriga de que o prego de cláusulas detalle os requisitos e condicións na prestación das variantes ou melloras en aras ao respecto do principio de igualdade de trato dos licitadores, sinalando así mesmo que en canto á valoración das ofertas -o que inclúe evidentemente ás melloras-, pode afirmarse que a previa concreción das valoración das melloras é un requisito esencial (Sentenza do 24 de novembro de 2008, asunto Alexandroupulis).

Nesta liña, a Xunta Consultiva de Contratación da Administración do Estado, no seu informe 59/2009, do 26 de febreiro, admite a existencia de melloras que impliquen a execución de prestacións accesorias para o contratista, sen custo para o órgano de contratación, sempre que se establezan os criterios de valoración que teñan de aplicárselles, debendo tales melloras figurar detalladas no PCAP con expresión dos seus requisitos, límites, modalidades e características que permitan identificalas suficientemente, e gardar relación directa co obxecto do contrato. Este criterio foi reiterado polo Tribunal Administrativo Central de recursos contractuais nas súas resolucións 69/2012 ó 203/2012 ou na máis recente 860/2015.

A finalidade de esixir o cumprimento destes requisitos deriva da necesidade de que os licitadores concorran en idénticas condicións de igualdade, de maneira que as súas ofertas sexan valoradas en función das condicións e características propias do contrato a executar e se respecte, en suma, a regra da comparación de ofertas para poder decidir cal é a economicamente máis vantaxosa. Como se indica no Acordo 8/2012 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón *“A valoración das melloras, no ámbito da contratación pública, nunca pode ser unha mera declaración de vontade de quen a realiza; antes ben e ao contrario, pola súa propia indeterminación, require unha precisa xustificación, medición e ponderación, que debe quedar reflexada na motivación do informe que serve de base á proposta de adxudicación”*.

Chegado a este punto non podemos pasar por alto a importancia de que debe analizarse, previamente á licitación e en cada caso, o valor adicional que para unha obra concreta representa cada unha das melloras, limitándoas ao efectivamente útil, co fin de evitar que, á postre resulten prescindibles ou non resulten necesarias en toda a súa extensión. As consecuencias de sinalar determinadas melloras como criterio de adxudicación nun prego de cláusulas e logo ser obviadas na fase de execución do contrato veñen perfectamente descritas no Informe 4/2015 da Xunta consultiva de contratación administrativa de Aragón:

*“En principio, e por definición, as melloras ofertadas e admitidas pola Administración intégranse no contrato e non pode ser obxecto de modificación, salvo que a natureza das mesmas o permita, estea previsto no prego e ambas partes estean de acordo. As melloras forman parte do contrato, e lles é de aplicación o principio xeral, que se contén no coñecido aforismo *pacta sunt servanda*. No caso descrito, as melloras foron valoradas e cuantificadas, e integradas na oferta económica do contratista, xunto co prezo e, así pois, constitúen un elemento esencial do contrato.*

Por elo, a substitución das melloras por outras non previstas, ou a súa inexecución, se fose o u puidera ser, obxecto de modificación contractual, por cumprir cos presupostos habilitantes, debería tramitarse de conformidade coas previsións dos artigos 105 ao 107 do TRLCSP, coa instrución do procedemento contradictorio que a lei require. Non pode ser doutro modo, xa que, no caso contrario, se estaría alterando as condicións da adxudicación; e liberando ao contratista de executar parte das melloras ofertadas, que foron cuantificadas e valoradas para seleccionar a oferta economicamente mais vantaxosa.

En todo caso, a non execución dunha mellora, por causa imputable ao contratista, constitúe un incumprimento contractual, ao que se aplicarán as consecuencias previstas na Lei.”

5.- Sobre as certificacións de obra

Á vista das incidencias descritas no escrito de solicitude de informe, convén lembrar que o artigo 230 do TRLCSP sinala que as obras se executarán con estrita suxeición ás estipulacións contidas no PCAP, ao proxecto que serve de base ao contrato e conforme ás instrucións que dean ao contratista a dirección facultativa das obras, e, no seu caso, o responsable do contrato, nos ámbitos da súa respectiva competencia. Sen esquecer que a norma prevé a circunstancia de que as instrucións sexan dadas de xeito verbal, caso no que esixe que sexan ratificadas por escrito no prazo máis breve posible *“para que sexan vinculantes para as partes”*.

Esta obriga de observancia de celo imposta á dirección facultativa na execución do contrato de obra relacionase directamente coa elaboración das certificacións. O artigo 232 do TRLCSP sinala que *“aos efectos do pagamento, a Administración expedirá mensualmente, nos primeiros dez días seguintes ao mes ao que correspondan, certificacións que comprendan a obra executada*



durante o dito período de tempo, (...)”. A tal efecto, o artigo 150 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (RXLCAP) dispón que será o director das obras, sobre a base da relación valorada, o responsable da súa expedición.

A Dirección facultativa tamén é responsable de comunicar incidencias ao responsable do contrato, de propoñer á Administración as modificacións contractuais cando se dea algún dos supostos recollidos nos artigos 105 e seguintes do TRLCSP, e da elaboración da certificación final, última fase dun proceso reglado no artigo 235.1 do TRLCSP e 166 do Regulamento Xeral da Lei de contratos das Administracións públicas que sinala que cómo proceder si o resultado da Acta de Recepción é favorable:

Artigo 166. Medición xeral e certificación final das obras

- 1. Recibidas as obras procederase seguidamente á súa medición xeral con asistencia do contratista, formulándose polo director da obra, no prazo dun mes desde a recepción, a medición das realmente executadas de acordo co proxecto. Para ese efecto, no acta de recepción o director da obra fixará a data para o inicio da devandita medición, quedando notificado o contratista para o devandito acto. Excepcionalmente, en función das características das obras, poderá establecerse un prazo maior no prego de cláusulas administrativas particulares.*
- 2. O contratista ten a obrigaón de asistir á toma de datos e realización da medición xeral que efectuará o director da obra.*
- 3. Para realizar a medición xeral utilizaranse como datos complementarios a comprobación do replanteo, os replanteos parciais e as medicións efectuadas desde o inicio da execución da obra, o libro de incidencias, se o houberse, o de ordes e cuantos outros estimen necesarios o director da obra e o contratista.*
- 4. Do devandito acto levantarase acta en triplicado exemplar que asinarán o director da obra e o contratista, retirando un exemplar cada un dos asinantes e remitíndose o terceiro polo director da obra ao órgano de contratación. Se o contratista non asistiu á medición o exemplar do acta seralle remitido polo director da obra.*
- 5. O resultado da medición notificarase ao contratista para que no prazo de cinco días hábiles preste a súa conformidade ou manifeste os reparos que estime oportunos.*
- 6. As reclamacións que estime oportuno facer o contratista contra o resultado da medición xeral dirixiraas por escrito no prazo de cinco días hábiles ao órgano de contratación por conduto do director da obra, o cal as elevará a aquel co seu informe no prazo de dez días hábiles.*
- 7. Sobre a base do resultado da medición xeral e dentro do prazo que establece o apartado 1, o director da obra redactará a correspondente relación valorada.*
- 8. Dentro dos dez días seguintes ao termo do prazo que establece o apartado 1, o director da obra expedirá e tramitará a correspondente certificación final.*
- 9. Dentro do prazo de dous meses [3 meses segundo o TRLCSP], contados a partir da recepción da obra, o órgano de contratación deberá aprobar a certificación final das obras executadas, que será abonada, no seu caso, ao contratista dentro do prazo de dous meses a partir da súa expedición a conta da liquidación do contrato. No caso de que de conformidade coa excepción prevista no apartado 1 fixarse se un prazo superior a un mes para a medición das obras, a aprobación da certificación final non poderá superar o prazo dun mes desde a recepción da contestación do contratista ao trámite de audiencia a que fai referencia o apartado 5.*

Seguindo o informe 6/2000, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade de Madrid, (que aínda que referida á regulación do RLCAAP é aplicable á contida no TRLCSP): “(...) Vén a configurarse a certificación final das obras como unha figura similar á liquidación provisional do Regulamento Xeral de Contratación do Estado (RXCE). É este o momento onde parece oportuno recoller as rectificacións ou variacións que se poñan de manifesto na medición final das obras a que se refire o artigo 145.1 do RLCAAP (Art. 232 TRLCSP / 215.1 LCSP), medición que debe facerse con carácter previo á certificación final. Tamén deberá facerse efectivo neste momento, o importe das revisións de prezos que non se puideron incluír nas certificacións ordinarias de obras e aplicarse, no seu caso, o 10 % retido ao tempo da adxudicación nos contratos plurianuais de obras, a que

se refería o artigo 68.3 tras a Lei 53/1999 e a actual disposición adicional décimo cuarta do TRLCAP (Disposición Final Segunda LCSP). Así mesmo, deberán deducirse as multas ou penalidades impostas ao contratista se non se aplicaron antes nas certificacións anteriores e engadíranse os importes que resulten dos intereses de demora, igualmente se estes non se abonaron antes ao contratista (...)".

6.- Como se pode observar nos apartados anteriores, tanto o Texto refundido como o Regulamento indican, nos artigos 235.1 e 166 respectivamente, que o órgano de contratación deberá *"aprobar a certificación final das obras executadas"*.

O proceso administrativo de tramitación de certificacións pode entenderse comprendido polas fases de "expedición da certificación", "conformidade", intervención" e aprobación". Salvando a fase de "expedición da certificación", as referencias normativas aos demais trámites son practicamente inexistentes e dedúcense basicamente do modelo oficial de certificación (Anexo XI do Regulamento Xeral da lei de contratos das administracións públicas).

Sobre a "conformidade", o Regulamento a deixa sen definir con precisión e só indica que dependerá da estrutura do órgano ao que se adscribe o contrato. Ao respecto atopamos sendos informes de xuntas consultivas, a do Estado (41/1983) e a de Canarias (12/1992), que, conclúen que o conforme debería ser do xefe da unidade administrativa á que está adscrita a obra e que non é necesario que sexa do órgano de contratación. Pablo Olivera Massó, no seu libro *"El régimen jurídico de las certificaciones de obra tras la LCAP" (Cuadernos Cívitas)*, indica que a través deste requisito administrativo, a administración contratante supervisa, a través do seu servizo técnico, o actuado polo facultativo da Dirección de obras. Con esa interpretación nada obsta para que, ante erros ou inexactitudes detectadas na certificación, non se poida requirir nesa fase a corrección dos mesmos ou manifestar discrepancia co certificado.

Igual conclusión cabe da función interventora sobre o recoñecemento da obriga, ao atoparnos ante un acto que produce dereitos de contido económico, unha vez que se acredita que a prestación foi correctamente executada. En tal sentido cabe citar o Informe 22/13, de 26 de febreiro de 2015 da JCCA estatal que literalmente di: *"Se a adxudicatario non achega a factura ou a achegada debe ser obxecto de rexeitamento e devolución xa sexa por non estar conforme coa mesma ou por non cumprirse os requisitos da Lei 25/2013 e as súas normas de desenvolvemento, nestes casos, non procederá a aprobación dos documentos que acrediten a conformidade, debendo notificarse o rexeitamento e devolución da factura ao adxudicatario na súa condición de provedor que ha expedir a factura polos servizos prestados."*

O que non entendemos factible é a posibilidade de compensar directamente a contía das melloras ofertadas que non foron executadas cun desconto na cantidade a percibir no pagamento da última certificación. Neste punto, este órgano colexiado comparte o criterio plasmado no informe 4/2015 da Xunta consultiva de Aragón que fai referencia a un asunto moi similar a o que nos ocupa, que, no punto IV, titulado *"Inexecución de melloras. Efectos sobre o prezo do contrato"*, di o seguinte:

"O concello consulta se as melloras ofertadas por un licitador que foron valoradas na adxudicación do contrato, poden finalmente non executarse, ou executarse parcialmente, destinándose "o aforro" derivado da súa non execución a financiar a propia obra contratada.(...).

Agora ben, a Administración non pode, de forma unilateral, detraer (minorar) da certificación, o importe da mellora do prezo do contrato, cuia execución non fose esixida pola Administración, pois tal actuación estaría á marxe do contrato, e dos principios que rexen a execución do mesmo. Así pois, non é posible actuar na forma e sentido que suxire a petición de informe do Concello de Calanda; isto é, destinando "o aforro derivado da súa non execución a financiar a propia obra contratada".



CONCLUSIÓN

1º. Non lle corresponde á Xunta Consultiva de contratación emitir informes sobre expedientes concretos nin substituír as funcións que os preceptos legais atribúen a outros órganos, non obstante pódese emitir o informe dando resposta a consultas xurídicas do ámbito da contratación pública que revistan un interese xeral como é o que se deriva da solicitude de referencia.

2º. Esta Xunta consultiva de contratación administrativa entende que a Administración non pode compensar a contía das melloras ofertadas pero non executadas cun desconto na cantidade a percibir no pagamento da última certificación, xa que tal actuación está o marxe do contrato. Iso non é óbice para que, no proceso de aprobación da certificación, en calquera das súas fases, non se poida manifestar desconformidade cos datos nela expostos requirindo a súa reelaboración ou corrección.

3º. Lembrar que o réxime de melloras como criterio de adjudicación débese axustar a que represente un valor adicional para o contrato sendo preciso que, posteriormente, se faga un control e seguimento da súa execución para asegurar o seu efectivo cumprimento e materialización tendo en conta que a inexecución desas melloras vulnera os principios de publicidade e transparencia dos procedementos, así como non discriminación e igualdade de trato dos candidatos proclamados nos artigos 1 e 123 do TRLCSP.

4.- Indicar finalmente que substituír unhas melloras por outras non previstas ou a súa eliminación debería ser obxecto dun expediente de modificación do contrato se así está previsto nos pregos. Doutra banda, se a inexecución desas melloras é por causa imputable ao contratista, estarase ante un incumprimento contractual.

Santiago de Compostela, a 29 de setembro de 2016