



Informe 1/2012 de 1 de marzo de 2012, de consulta sobre a forma de determinación do importe de garantía definitiva nos contratos de obras.

ANTECEDENTES

Pola Consellería de Educación e Ordenación Universitaria dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

“Nesta Xefatura Territorial de Educación e Ordenación Universitaria, a instancias da Secretaría Xeral Técnica, (...), nos contratos de obras adjudicados a partir do 01/01/2011 aplicouse o cálculo de garantía definitiva sobre o orzamento base de licitación e non sobre o orzamento de adjudicación que era o que se estaba a interpretar, neste órgano de contratación, segundo se entendía que establece o artigo 83.1 da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público.

Para elo modificouse a cláusula 14 do Prego de cláusulas administrativas particulares e así se lle esixiu ao adxudicatario da obra “Instalación de ascensor e aseo para minusválidos no CEIP Villaverde-Mourente (Pontevedra)”.

A Intervención Territorial de Pontevedra fiscalizou o documento contable A e, coa remisión do documento contable D achega, o día 5/4/2011, un escrito do que se envía fotocopia, no que interpón unha observación ao cálculo da garantía definitiva dos contratos de obras.

Nese escrito indica que sería convinte reducir o importe da garantía definitiva e adaptalo ao establecido no artigo 83.1.

En consecuencia debido a esa discrepancia na interpretación da norma, e coa finalidade de aplicar o cálculo correcto no importe que se debe esixir aos adxudicatarios en concepto de garantía definitiva nos contratos de obras, solicitámoslle instrucións coa maior urxencia posible, para non atrasar a tramitación dos expedientes pendentes, sobre se é o orzamento de adjudicación ou o de licitación o que se debe considerar no cálculo da garantía definitiva.”

CONSIDERACIÓNS 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 da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia.

2.- O motivo da consulta resúmese na dúbida que se lle presenta o órgano de contratación no momento de determinar cal é o importe sobre o que se debe calcular a garantía definitiva nun contrato de obras ante a discrepancia manifestada polo órgano fiscalizador na interpretación do artigo 95 do Texto Refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (en adiante TRLCSP).

3.- Cabe sinalar en primeiro lugar que non lle corresponde informar a este órgano consultivo 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. Non obstante, o tema abordado permite emitir un informe cun pronunciamento xenérico que este órgano entende de interese habida conta das dúbidas que a miúdo suscita.



4.- Polo cambio normativo acaecido entre a solicitude do informe e a súa emisión, as referencias legais deste informe faranse conforme ao Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (en adiante TRLCSP), e non sobre a Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público.

5.- Sobre a consulta remitida procede comezar indicando que o TRLCSP, en referencia a determinación do importe da garantía definitiva para todos os tipos contractuais, sinala no artigo 95.1 e con carácter xeral, que será o resultado de calcular o 5% sobre o importe de adxudicación, excluído o IVA. Non obstante, esta regra inicial varía no parágrafo 3 do mesmo artigo, cando establece unha excepción nos supostos nos que a contía do contrato se determine en función de prezos unitarios debéndose, neses casos, calcular o devandito 5% sobre o orzamento base de licitación.

6.- Efectivamente, o prezo dun contrato, segundo o artigo 87.2 do TRLCSP, pode determinarse baixo dúas modalidades:

- a) en termos de prezos unitarios, referidos aos distintos compoñentes da prestación ou ás unidades da mesma que se entreguen ou executen, e
- b) en termos de prezos aplicables a tanto alzado á totalidade ou a parte das prestacións do contrato.

Nun e outro suposto, con independencia do sistema empregado, débese indicar, como partida independente, o importe do IVE.

7.- Como xa se indicou anteriormente, a utilización dun o doutro sistema na determinación da contía do contrato é importante a estes efectos xa que o importe da garantía definitiva a constituír calcularase sobre bases diferentes, cales son o importe de adxudicación ou o orzamento base de licitación segundo o caso.

O historial das sucesivas modificacións normativas que incidiron sobre este tema reflicten importantes cambios de criterio:

- No artigo 113 do Decreto 923/1965, de 8 de abril, polo que se aproba o **Texto Articulado da Lei de Contratos do Estado** (en adiante LCE) dispoñíase que os adxudicatarios dos contratos de obras do Estado estaban obrigados a constituír unha fianza definitiva polo importe do 4 % do orzamento total da obra. En desenvolvemento desa norma, o artigo 351 do **Regulamento Xeral de contratación do Estado do ano 1975** (RXCE) especificaba que se entendía por orzamento total da obra, a estes efectos, o establecido como base de licitación e precisaba que unicamente naqueles concursos nos que a Administración no fixera previa fixación de orzamento sería considerado o orzamento de adxudicación.
- No artigo 37 da **Lei 13/1995, de 18 de maio, de Contratos das Administracións Públicas** (LCAP) inicialmente mantivéronse os mesmos criterios que na LCE e o Regulamento. Foi coa entrada en vigor da **Lei 53/1999, de 28 de decembro, que modifica a LCAP**, na que se cambia a norma xeral de constituír a garantía polo “4% do orzamento dos contrato” pola nova fórmula de “4% do importe de adxudicación” xurdindo a máis unha nova redacción sobre o suposto de excepcionalidade xa que dispoñía que no caso de que o prezo do contrato se determinase “en función de prezos unitarios” o cálculo da garantía vincularíase ao orzamento base de licitación.



- Idéntico criterio mantívose no **Texto Refundido da LCAP** (aprobado polo Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de xuño), na **LCSP**, agás no cambio de porcentaxe e pola substitución do termo “prezo do contrato” por “contía do contrato”¹, e no actualmente vixente **TRLCSP**.

8.- Versando a consulta sobre o cálculo da garantía definitiva dun contrato de obras procede, de seguido, analizar as peculiaridades dese tipo contractual e das normas específicas que teñan incidencia no asunto de referencia:

- a) Débese partir da afirmación de que unha adecuada xestión dos fondos públicos implica un cálculo dos orzamentos das obras con referencia aos compoñentes das obras a executar. O **sistema de retribución por prezos unitarios** implica a determinación das unidades e elementos da obra permitindo fixar con detalle os seus custos considerando os prezos descompostos que integran cada unidade. Abóase deste xeito ao contratista o traballo que fai realmente e os medios que a él aplica. Nesta liña, segundo o artigo 123.1.d) do TRLCSP, sinala que os proxectos de obras deben comprender, entre outros documentos, un orzamento con expresión dos prezos unitarios e dos descompostos precisos para a súa valoración e, en desenvolvemento desa norma, o artigo 130 do RXLCAP, dispón que o cálculo dos prezos unitarios nos proxectos de obra se basearán na determinación dos custos directos e indirectos precisos para a execución da prestación de que se trate.
- b) Non obstante hai outro sistema, o de **retribución de obras a tanto alzado**, recoñecido no artigo 1593 do Código Civil e admitido, con carácter de excepcionalidade, na lexislación de contratos anterior a LCSP², polo que se contrata por un tipo fixo total de custo (por un prezo global), o que ten a vantaxe de permitir coñecer dende o primeiro momento o gasto que se compromete pero que esixe, como condición ineludible, que a obra contratada estea perfectamente definida na súa forma, dimensións e clase de materiais e que non sexa susceptible de variación algunha ao tempo da súa execución. Esta forma de determinación de prezo adquire carta de natureza coa entrada en vigor da LCSP xa que, no seu artigo 216.1 (actual 233.1 TRLCSP), se elimina a característica de “excepcionalidade” á que viña facendo referencia na normativa anterior ao indicar que, cando a natureza da obra o permita, poderase establecer o sistema de retribución a tanto alzado, sen existencia de prezos unitarios, sempre que o criterio de retribución se configure como de prezo pechado, ou nas condicións e circunstancias que se determinen nas normas de desenvolvemento da lei para o resto dos casos.

9.- Pese a que a retribución de obras a tanto alzado convértese en sistema alternativo, e xa non excepcional, ao cálculo de retribucións por prezos unitarios, as condicións para determinar así o prezo veñen claramente taxadas na propia norma:

- a) Nas obras a tanto alzado con prezo pechado (aquelas nas que o prezo ofertado polo adxudicatario mantense invariable e non son aboables as modificacións por erros ou omisións do proxecto), as condicións de aplicación son descritas no apartado 3 do artigo 233 do TRLCSP, ao que nos remitimos³.

1 Sobre a concreción da terminoloxía aplicada na LCSP para aludir ao aspecto cuantitativo dos contratos (prezo, importe, valor estimado, contía,...) pódense consultar, na web da XCCA-Galicia, os Informes 26/08, de 2 de decembro de 2008 e 43/2008, de 28 de Xullo da Junta Consultiva de Contratación Administrativa do Goberno de España e a Recomendación 1/2009, de 28 de maio, da Junta Consultiva do Goberno de Canarias.

2 Artigo 126 da LCAP. Obras a tanto alzado: Excepcionalmente, cando a natureza da obra o permita, poderase establecer o sistema de retribución a tanto alzado, sen existencia de prezos unitarios, nas circunstancias e condicións que regulamentariamente se determinen.

3 - A contratación de obras a tanto alzado con prezo pechado requirirá que se cumpran as seguintes condicións:

- a) Que así se preveña no prego de cláusulas administrativas particulares do contrato, podendo este establecer que algunhas unidades ou partes da obra se exclúan deste sistema e sexan abonadas por prezos unitarios.
- b) As unidades de obra cuxo prezo se vaia a abonar con arranxo a este sistema deberán estar previamente definidas no proxecto e terse replantexado antes da licitación. O órgano de contratación deberá garantir aos interesados o acceso ao terreo onde se situarán as obras, a fin de que poidan realizar sobre o mesmo as comprobacións que consideren oportunas con suficiente antelación á data límite de presentación de ofertas.



b) Para o resto dos casos, pendente o desenvolvemento regulamentario da norma, sigue vixente o disposto no Regulamento da Lei de Contratos das Administracións Públicas (Real Decreto 1098/2001) do que resulta que o sistema de determinación do prezo a tanto alzado admítese nos seguintes supostos:

-previa xustificación da súa necesidade polo órgano de contratación, cando non poidan establecerse prezos unitarios para partidas que somen máis do 80% do importe do orzamento do contrato (artigo 120 RLCAP); e

-na execución de obras pola propia Administración (artigo 176.1.b RLCAP), xa que nos contratos de colaboración con empresarios particulares pódese contratar coa empresa colaboradora a execución de unidades completas do proxecto, instalacións ou servizos, sobre a base do prezo a tanto alzado, non superior ao previsto no proxecto.

Unha vez aclarados os dous conceptos e visto o novo tratamento que a norma fai das dúas formas de determinación de prezos debe entenderse superada a fórmula xeral que vinculaba necesariamente aos contratos de obras cos prezos unitarios, e polo tanto coa idea de que o porcentaxe da garantía definitiva debe calcularse sempre sobre o orzamento base de licitación xa que se debe ter en conta se a obra é susceptible de ser valorada polo sistema de determinación do prezo a tanto alzado en atención ao disposto no artigo 233 do TRLCSP.

10.- Mención aparte merece a cuestión do IVE que pode provocar dúbidas en canto que a norma indica expresamente, na formulación xeral do artigo 95.1 TRLCSP, que estará excluído do importe de adxudicación sobre o que se calcula a garantía pero nada di, no parágrafo 3 do dito artigo, respecto a súa exclusión en relación ao presuposto base de licitación. A cuestión debe resolverse cunha interpretación integradora do precepto entendendo que o parágrafo 3 do artigo limitase a sinalar unha magnitude diferente sobre a que se calculará a garantía (orzamento base de licitación en lugar de importe de adxudicación), mantendo inalterables tanto o porcentaxe do 5% como a exclusión do IVE por resultar xa indicadas no parágrafo primeiro do artigo 95.

CONCLUSIÓN

1º.- O prezo dun contrato, segundo o artigo 87.2 do TRLCSP, pode determinarse baixo dúas modalidades: a) en termos de prezos unitarios e b) en termos de prezos aplicables a tanto alzado á totalidade ou a parte das prestacións do contrato. No primeiro dos casos a garantía calcularase sobre o orzamento base de licitación e no segundo sobre o importe de adxudicación (ambas magnitudes calculadas sen IVE)

2º.- Na normativa anterior á LCSP establecíase con carácter de excepción a posibilidade de que o prezo dun contrato de obras se determinase a tanto alzado, do que se derivaba a práctica de vincular necesariamente este tipo de contratos co sistema de prezos unitarios, pero o artigo 216 (actual artigo 233.1 do TRLCSP) eliminou ese carácter sendo na actualidade un

c) Que o prezo correspondente aos elementos do contrato ou unidades de obra contratados polo sistema de tanto alzado con prezo pechado sexa abonado mensualmente, na mesma proporción que a obra executada no mes a que corresponda garde co total da unidade ou elemento de obra de que se trate.

d) Cando, de conformidade co establecido no apartado 2 do artigo 147, se autorice aos licitadores á presentación de variantes ou melloras sobre determinados elementos ou unidades de obra que de acordo co prego de cláusulas administrativas particulares do contrato deban ser ofertadas polo prezo pechado, as citadas variantes deberán ser ofertadas baixo dita modalidade.

Neste caso, os licitadores virán obrigados a presentar un proxecto básico cuxo contido determinar no prego de cláusulas administrativas particulares do contrato.

O adxudicatario do contrato no prazo que determine o devandito prego deberá aportar o proxecto de construción das variantes ou melloras ofertadas, para a súa preceptiva supervisión e aprobación. En ningún caso o prezo ou o prazo da adxudicación sufrirá variación como consecuencia da aprobación deste proxecto.

sistema alternativo aos prezos unitarios sempre que se cumpran os requisitos esixidos para a súa aplicación no artigo 233.3 do TRLCSP ou no 120 ou 176.1.b) do RXLCAP.

3º.- Debe entenderse, por tanto, superada a fórmula xeral que vinculaba necesariamente aos contratos de obras cos prezos unitarios e, conseguintemente, coa idea de que o porcentaxe da garantía definitiva debe calcularse sempre sobre o orzamento base de licitación, debéndose atender ás actuacións preparatorias do contrato, proxectos e xustificacións pertinentes a efectos de determinar a base sobre a que se calculará a garantía definitiva.

Santiago de Compostela, a 1 de marzo de 2012