

Informe 1/01, de 22 de febrer de 2001

CONTRACTACIÓ CONJUNTA D'ELABORACIÓ DE PROJECTE I EXECUCIÓ D'OBRES. MOMENT DE FISCALITZACIÓ DE LA DESPESA, APROVACIÓ I ADQUISICIÓ DEL COMPROMÍS.

ANTECEDENTS

L'interventor general de la comunitat autònoma de les Illes Balears sol·licita informe a aquesta Junta Consultiva en els termes següents:

“L'article 125 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (d'ara endavant LCAP), regula la contractació conjunta de l'elaboració del projecte i l'execució de les obres corresponents. L'apartat 4 de l'article esmentat estableix:

4. En els casos a què fa referència aquest article, l'ordre d'iniciació de l'expedient i la reserva de crèdit corresponent fixaran l'import estimat màxim a què el futur contracte pugui arribar. No obstant això, no es procedirà a la fiscalització de la despesa, i a l'aprovació, com tampoc a l'adquisició del compromís que genera, fins que no es coneguin l'import i les condicions del contracte, d'acord amb la proposició seleccionada, circumstàncies que recollirà el plec de clàusules administratives particulars corresponent.

Per tant, l'LCAP retarda la realització dels tràmits de fiscalització de la despesa, de l'aprovació, com també d'adquisició del compromís que genera el contracte, fins al moment en què s'hagi produït la selecció d'una proposició, la qual determinarà l'import i les condicions del contracte per formalitzar.

El tràmit de selecció de la proposició no està previst com un tràmit específic en l'LCAP tret de en la menció continguda en el precepte transcrit. Per tant, és necessari identificar-lo amb algun dels tràmits prevists en l'LCAP o considerar que en els supòsits de l'article 125 constitueix un tràmit autònom.

De tot això, resulta que la selecció de la proposició pot produir-se en tres possibles moments: en la proposta de la mesa de contractació, en l'acord d'adjudicació de l'òrgan de contractació, o bé, en un tràmit especial i autònom en virtut del qual l'òrgan de contractació acordaria la selecció d'adjudicació.

Si es considera que la selecció del contractista –als efectes de l'article 125.4 LCAP- es produeix ja des del moment en què la mesa proposa l'adjudicació a l'òrgan de contractació, la fiscalització, l'aprovació i el compromís de la despesa s'han de produir a continuació i precedir l'acord de l'òrgan de contractació sobre l'adjudicació del contracte, sense que sigui necessari que l'òrgan de contractació hagi de fer cap tràmit previ de selecció.

Si s'entén que la selecció de la proposició només l'ha de fer l'òrgan de contractació, s'obren dues possibilitats: considerar que la selecció s'efectua en el mateix acord d'adjudicació, o entendre que ha de precedir-lo.

En el primer cas, la fiscalització de la despesa perdria el caràcter previ que exigeixen els articles 11.2.g) LCAP i 86.a) de la Llei 1/1986, de 5 de febrer, de finances de la comunitat autònoma de les Illes Balears. Ara bé, la relegació a control a posteriori de la fiscalització prèvia només és emparada per al sol cas que preveu l'article 125.4 LCAP pel mateix tenor del precepte, que fa referència únicament a la fiscalització de la despesa, sense exigir que aquesta fiscalització sigui prèvia a l'acte d'adjudicació.

Si, en contra de la interpretació apuntada en el paràgraf anterior, s'entén que la fiscalització de la despesa ha de ser sempre prèvia a l'adjudicació del contracte – i que, per tant, l'article 125.4 no deroga especialment els articles 11.2.g) LCAP i 86.a) de la Llei 1/1996, de 5 de febrer, de finances de la comunitat autònoma de les Illes Balears- i al mateix temps es manté el criteri que ha de ser, en tot cas, l'òrgan de contractació qui seleccioni el contractista, s'ha de concloure que aquesta selecció l'ha d'acordar l'òrgan de contractació en tràmit previ al de l'acte d'adjudicació.

D'acord amb això, es planteja consulta a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears respecte de en quin moment, dels que s'expressen a continuació, s'ha d'entendre produïda la selecció de la proposició als efectes de procedir a la fiscalització, a l'aprovació i al compromís de la despesa d'acord amb l'article 125. 4 LCAP:

- *A la proposta d'adjudicació formulada per la mesa de contractació.*
- *A l'acord de l'òrgan de contractació previ al d'adjudicació del contracte.*
- *A l'acord d'adjudicació de l'òrgan de contractació”.*

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1r) La sol·licitud d'informe la fa l'interventor general de la CAIB, qui té plena legitimació per a això d'acord amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 24, de 25-02-1997), de creació de la Junta Consultiva, i amb l'article 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta (BOCAIB núm. 133 de 25-10-1997).

2n) Amb la sol·licitud s'acompanya l'informe jurídic emès per l'Assessoria Jurídica de la Secretaria General Tècnica de la Conselleria d'Hisenda i Pressuposts, d'acord amb el que disposa l'apartat 3 de l'article 16 del Reglament esmentat.

3r) La documentació que s'aporta és suficient per poder emetre l'informe que se sol·licita, atès que es compleixen tots els requisits previs d'admissió.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. La pregunta formulada per l'interventor general, després de plantejar en el seu escrit distintes opcions hipotètiques, es concreta en la determinació del moment en què ha d'entendre's produïda la selecció de la proposició en els

contractes que tenen per objecte l'elaboració del projecte i l'execució de les obres de manera conjunta, i aquest moment es vincula als efectes de procedir a la fiscalització, aprovació i compromís de la despesa.

La selecció d'una proposició, qualsevol que sigui el contracte de què es tracti, es produeix en el moment de l'adjudicació i, per tant, és llavors quan s'identifica d'entre les distintes ofertes l'única que es convertirà en part contractual, atès que és en aquest moment quan es produeix l'encontre de les voluntats i que es perfecciona el contracte (art. 53 de l'LCAP).

Abans de l'adjudicació, normalment i d'acord amb el que disposa l'article 11 de l'LCAP, es produeix en tot expedient de contractació la fiscalització prèvia i l'aprovació de la despesa, que segons l'article 69.1 de l'LCAP ha de ser en el mateix moment en què s'aprova l'expedient de contractació i es disposa l'obertura del procediment d'adjudicació.

A més, en els contractes d'obres, abans de la tramitació de l'expedient de contractació s'ha d'elaborar un projecte, s'ha de supervisar, si n'és el cas, s'aprova i se n'ha d'efectuar el replantejament (articles 122, 128, 129 de l'LCAP).

Aquest projecte per regla general l'elabora la mateixa Administració amb els seus mitjans, o bé constitueix objecte d'un contracte independent de consultora i assistència, tant si l'elabora íntegrament qui n'és adjudicatari (art. 196.2.a) de l'LCAP) com si es du a terme en col·laboració amb l'Administració i sota la supervisió d'aquesta (art. 196.2.b)^{3a} de l'LCAP).

Després d'aquest breu resum de les passes que s'han de dur a terme en la contractació de l'execució d'unes obres, es pot concloure que no hi ha cap inconvenient perquè, en els procediments normals, es fiscalitzi la despesa i s'aprovi amb anterioritat a l'adjudicació, atès que aquesta despesa està perfectament delimitada i concretada, ja que un dels requisits de contingut necessari en els projectes és el pressupost (art. 124.1.d) de l'LCAP), i si el projecte s'elabora externament mitjançant contracte de consultora i assistència, aquest projecte, com a contracte independent, també té fixat prèviament un pressupost.

SEGONA. No obstant això, excepcionalment, la Llei de contractes de les administracions públiques permet que la fiscalització i aprovació de la despesa s'efectuïn en un moment distint del que correspon a la tramitació normal dels expedients. Així, l'article 11, apartat 2, quan determina els requisits per a la formalització dels contractes (entre els quals la fiscalització i l'aprovació de la despesa) afegeix: “..., llevat que expressament es disposi una altra cosa en aquesta Llei...”. La Llei disposa, a l'article 67.2, que a l'expedient de contractació s'han d'incorporar: “... la fiscalització de la Intervenció i l'aprovació de la despesa, excepte en el supòsit excepcional previst a l'article 85, paràgraf a)...” I, a l'article 69.1, en tractar l'aprovació de l'expedient, també disposa que: “...Aquesta resolució comprendrà també l'aprovació de la despesa, excepte en el supòsit excepcional previst a l'article 85, paràgraf a)...”. Atès que el supòsit excepcional que recull l'article 85, paràgraf a),

és el de: *“Aquells (contractes) els projectes o els pressuposts dels quals no hagi pogut establir prèviament l'Administració i els hagin de presentar els licitadors”*, que és el cas al qual es contreu l'objecte d'aquest informe, de contracte conjunt d'elaboració de projecte i d'execució d'obra a què fa referència l'article 125 de l'LCAP, on, seguint la línia marcada pels preceptes transcrits en aquesta consideració, es torna a reiterar, a l'apartat 4, que: *“... no es procedirà a la fiscalització de la despesa, ni a aprovar-la, com tampoc a l'adquisició del compromís que genera, fins que no es conegui l'import i les condicions del contracte d'acord amb la proposició seleccionada, ...”*.

TERCERA. L'iter que recorren les dues consideracions jurídiques anteriors ens condueix de bell nou a l'anomenat per l'interpel·lant moment en què s'ha d'entendre produïda la selecció de la proposició i, pel que ja hem apuntat, aquest moment no és altre que el de l'adjudicació; però l'adjudicació en un contracte d'obres que al seu torn comporta l'elaboració del projecte, no pot tenir fixat, en aquest moment, de manera definitiva el pressupost d'execució de les obres, ja que aquell forma part del projecte. En aquest cas, el projecte no ha estat encara supervisat, ni aprovat ni se n'ha verificat el replantejament, atès que no haver-lo elaborat directament l'Administració, ni haver-lo contractat prèviament com a contracte independent de consultora i assistència, l'Administració no ha pogut efectuar aquests tràmits amb anterioritat a l'adjudicació. D'aquí, que el mateix art. 125, a l'apartat 3, estableixi l'obligació del *“contractista”* de presentar el projecte a l'òrgan de contractació *“perquè el supervisi, l'aprovi i el replantegi”*. S'ha de notar que la Llei utilitza l'expressió d' *“el contractista”*, en singular, per designar qui ha de presentar el projecte. No utilitza ni el plural ni la paraula licitador, sinó que ja dóna per suposada l'adjudicació i per això diu *“el contractista”*. Això no és sinó conseqüència del que a l'efecte disposa, congruentment, l'article 122 de l'LCAP, en el segon paràgraf quan diu què: *“En el cas d'adjudicació conjunta de projecte i obra l'execució d'aquesta romandrà condicionada a la supervisió, aprovació i replantejament del projecte per part de l'Administració”*.

Aquesta adjudicació condicionada és la clau que fa encaixar en el complex engranatge normatiu descrit totes les peces del trencaclosques, doncs és l'excepcionalitat d'aquest tipus de contractes, declarada així a l'apartat 1 de l'article 125, que diu:

1. La contractació conjunta d'elaboració de projecte i execució de les obres corresponents tindrà caràcter excepcional i només podrà ser d'aplicació en els termes següents:

- a. Quan el sistema constructiu pugui resultar determinant de les característiques essencials del projecte.*
- b. Quan les característiques de les obres permetin anticipar diversos tractaments de traçat, disseny i pressupost.*

la que justifica el condicionament de l'adjudicació i la posposició de la fiscalització i aprovació de la despesa fins que aquest estigui fixat amb la supervisió, aprovació i replantejament del projecte.

Atès que es compleix la condició suspensiva, la qual cosa quedarà acreditada amb la redacció de l'acta de replantejament (darrer tràmit cronològic després de la supervisió i aprovació del projecte), entra en joc la previsió de l'article 125, apartat 4, de procedir, en aquest moment, *“a la fiscalització de la despesa, a aprovar-la, com també a l'adquisició del compromís que genera”*, ja que és en aquest moment quant es coneixen, com continua dient aquest apartat, *“...l'import i les condicions del contracte d'acord amb la proposició seleccionada...”*, atès que en el projecte, com ja s'ha dit i recull l'article 124 de l'LCAP, és on figuren essencialment aquestes dades.

Contràriament, si s'incompleix la condició suspensiva, perquè el projecte no supera els tràmits de supervisió, aprovació i replantejament, després dels requeriments oportuns d'esmena, es produirà l'efecte determinat a l'article 122, paràgraf 3 de l'article 124 que, en congruència amb l'article 122, reitera que, en aquest cas, el contractista *“...restarà exonerat d'executar les obres...”*, i no té davant l'òrgan de contractació cap altre dret que el de *“...pagament dels treballs de redacció del projecte corresponent”*.

QUARTA. Dues precisions més s'han d'explicitar en l'intent de tractament global de la qüestió plantejada, del qual s'ha pretès dotar aquest informe. Una, respecte de l'obligatorietat que totes les circumstàncies que han estat objecte d'anàlisi i que, essencialment, es contenen a l'article 125 de la LCAP, s'han de reflectir en el plec de clàusules administratives particulars corresponents, per imperatiu del darrer incís de l'apartat 4 d'aquest article. I, l'altra que, d'acord amb la disposició final primera de l'LCAP, no tenen el caràcter de bàsics els apartats 3 i 4 de l'article 125, excepte el primer incís de l'apartat 3 en allò que fa referència a l'expressió *“el contractista presentarà el projecte a l'òrgan de contractació perquè el supervisi, l'aprovi i el replantegi”*, la qual cosa permetria a l'Administració autonòmica, en l'àmbit de la qual s'emet aquest informe, regular la matèria d'una altra manera.

CONCLUSIÓ

1. La selecció de la proposició en els contractes d'elaboració de projecte i execució de les obres de manera conjunta es produeix en el moment de l'adjudicació, que estarà sotmesa a la condició suspensiva establerta en el paràgraf segon de l'article 122 de l'LCAP.
2. La fiscalització de la despesa, l'aprovació i l'adquisició del compromís d'aquesta s'han de dur a terme, en aquests contractes, després de la supervisió, aprovació i replantejament del projecte.

