

Expediente Núm. 81/2007
Dictamen Núm. 140/2007

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 25 de octubre de 2007, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 28 de marzo de 2007, examina el expediente relativo a la interpretación del contrato de mantenimiento, conservación y reparación de las redes semafóricas, sistema de TVCC y explotación de la sala de control, incluyendo aplicaciones informáticas de control de tráfico y sistema de aparcamientos, adjudicado a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de noviembre de 2005, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo adjudicó a la empresa el contrato de “mantenimiento, conservación y reparación de las instalaciones semafóricas y equipos e instalaciones de control de acceso a los aparcamientos reseñados en el pliego de condiciones técnicas, incluyendo la explotación de la sala de control de la red semafórica y la gestión de los sistemas principales de los reseñados

aparcamientos (en ambos casos ubicados en el edificio de seguridad ciudadana) y de la red de comunicaciones y circuito de televisión”, por el precio de “634.924,54 euros/año (IVA incluido) para el mantenimiento y un porcentaje de baja sobre los precios unitarios del anexo II de 20%”. El plazo de ejecución del contrato es de dos años, prorrogable, debiendo realizarse la prestación “con plena sujeción a los pliegos de condiciones y a su oferta en cuanto no esté en contradicción con aquéllos por resultar conveniente para los intereses municipales”.

El día 15 de noviembre de 2005, las partes suscriben el documento contractual en el que consta la conformidad del contratista “con los pliegos de condiciones reguladores de la prestación (...), que declara conocer de antemano y estar conforme con su contenido, firmando un ejemplar de los mismos que se incorporan como anexo, haciendo ambas partes expresa manifestación de sumisión a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), a su Reglamento (...), y al resto de sus normas complementarias y de desarrollo”.

Obran en el expediente los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, aprobados por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local el día 19 de julio de 2005.

El objeto del contrato, según la cláusula primera del pliego de las administrativas particulares, es el ya referido al mencionar su adjudicación y que el pliego de condiciones técnicas concreta, en su artículo I.1 en “la prestación de los servicios de mantenimiento, conservación, reparación y explotación de la sala de control y sistemas de aparcamientos que existen en el término municipal de Oviedo a la entrada en vigor del contrato y de todas aquellas instalaciones que se ejecuten y que finalicen su periodo de garantía durante la vigencia de este contrato, cuyo mantenimiento sea de competencia municipal, y que quedan definidas como:./ Explotación de la sala de control de la red semafórica y gestión de los sistemas municipales de aparcamientos (...). Instalaciones semafóricas, equipos e instalaciones de control de acceso a los aparcamientos que se relacionan en el Anexo III./ Red de comunicaciones y

(TVCC) (...). La reparación de averías producidas por terceros, en las instalaciones de regulación de tráfico que existan en el término municipal a la entrada en vigor del contrato y de todas aquéllas que se ejecuten y que finalicen su periodo de garantía durante la vigencia de este contrato, y cuyo mantenimiento sea de competencia municipal”.

En cuanto a la calificación del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares se limita a señalar, en la vigésimo cuarta, que “el contrato tendrá carácter administrativo”. Por su parte, el pliego de condiciones técnicas, en el artículo I.2, manifiesta que “la gestión que se regula en este proyecto se puede encuadrar dentro de los contratos administrativos especiales (...), ya que la actividad o servicio que se requiere está vinculada al desenvolvimiento de un servicio público específico, y satisface una finalidad pública que es competencia de la Administración contratante (...) y, aunque el objeto del contrato no es la concesión de un servicio público en sí, está vinculado a un servicio público hoy en día fundamental en el desarrollo de la actividad urbana, y es evidente que se presta directamente al público, dada su vinculación esencial para el funcionamiento del servicio público de la ordenación del tráfico”.

El presupuesto máximo de la contratación -“total de licitación” en los términos del artículo I.3 del pliego de condiciones técnicas- es, según la cláusula segunda, apartado 1, del pliego de las administrativas particulares, de 705.471,71 euros/año y añade, en su apartado 2, que “el precio del contrato será el que resulte del acuerdo de adjudicación, de conformidad con la oferta del adjudicatario”, y que “los licitadores deberán incluir en sus ofertas la propuesta sobre el coste anual de mantenimiento, así como un porcentaje de baja único y común sobre los precios unitarios máximos que se determinarán en el anexo II del pliego de cláusulas técnicas”.

Respecto al plan de seguridad y salud, en el anexo IV, “Estudio de Seguridad y salud”, del pliego de condiciones técnicas bajo, el epígrafe “Justificación económica del presupuesto: seguridad y salud”, se indica que “se estima un presupuesto anual de 16.795,28 euros, si bien el licitador deberá

aportar un proyecto detallado de este ámbito que será de aplicación obligatoria y que como mínimo comportará esta cuantía, que se deberá justificar anualmente”.

El régimen de pagos es el establecido en la cláusula cuarta del pliego de cláusulas administrativas particulares, a cuyo tenor “El contratista tendrá derecho al abono de las prestaciones realizadas en los términos establecidos en el contrato y con arreglo al precio convenido”.

El contrato, según la cláusula decimocuarta del mismo pliego, “se entiende convenido a riesgo y ventura del contratista, sin que por éste se pueda solicitar alteración del precio o indemnización, salvo por alguna de las causas previstas en la legislación vigente”.

A propósito de las obligaciones del contratista, se indica en la cláusula decimotercera, apartado 3, del pliego de cláusulas administrativas particulares, que “el contratista deberá cumplir y hacer cumplir durante la ejecución de los trabajos la normativa sobre seguridad y salud y de prevención de riesgos laborales (...). En el anexo IV del pliego de condiciones técnicas se recogen las medidas mínimas a cumplimentar en materia de seguridad y salud”.

Sobre la misma cuestión, señala el artículo XI.3 del pliego de condiciones técnicas que el contratista está obligado a “presentar un plan pormenorizado de seguridad y salud, que como mínimo recoja los aspectos relacionados (...) en el anexo IV”. Por lo que respecta a los criterios de adjudicación del concurso, el artículo II.4 del pliego establece, entre otros criterios, “las mejoras gratuitas técnicas o materiales que el licitante proponga”. Entre los criterios para la determinación de la proposición más ventajosa, la cláusula décima del pliego de cláusulas administrativas particulares señala, en su apartado 3, las “mejoras al estudio de seguridad y salud del anexo IV del pliego de condiciones técnicas, así como en la gestión de riesgos”.

La cláusula decimosexta del mismo pliego, relativa a las “prerrogativas del Ayuntamiento”, señala que el órgano de contratación ostenta las de “interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, y acordar su

resolución, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente”.

2. Con fecha 6 de julio de 2006, el contratista presenta al pago una factura emitida el día 30 de junio de 2006 en concepto de “importe económico correspondiente a `Plan de seguridad y salud de la obra de conservación y mantenimiento de las redes semafóricas, sistema TVCC y explotación de la sala de control incluyendo aplicaciones informáticas de control de tráfico y sistema de aparcamientos ´”, por importe de diez y seis mil setecientos noventa y cinco euros con veintiocho céntimos (16.795,28 €).

La factura lleva, al dorso, un sello en el que se hace constar que “habiendo surgido en este servicio la necesidad de adquisición de los bienes que constan en la factura adjunta, se ha procedido a su adquisición según los procedimientos legales establecidos (...) de conformidad en precios, calidades y cantidades”. Al pie, bajo la expresión “conforme y páguese”, firman el Concejal Delegado y el Jefe del Servicio/Sección con fecha 28 de agosto de 2006.

3. El día 23 de noviembre de 2006, el Jefe del Servicio del Área de Seguridad Ciudadana dirige a la Sección de Contratación un escrito en el que se señala que “el pliego de condiciones técnicas para la conservación y mantenimiento de las redes semafóricas, sistema de TVCC y explotación de la sala del centro de control de tráfico, incluyendo aplicaciones informáticas y sistema de aparcamientos (...), en su anexo IV incluye el estudio de seguridad correspondiente, dando cumplimiento a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/95) y (al) RD 1627/97 de obras de construcción./ El RD 1627/97, en su artículo 5.2.e., establece que el estudio de seguridad contendrá un presupuesto que cuantifique el conjunto de gastos previos para la aplicación y ejecución del estudio de seguridad y salud. Dicho presupuesto queda establecido en el pliego de condiciones en 16.795,28 euros anuales, debiendo aportar el contratista un proyecto detallado en este ámbito, que será de aplicación obligatoria y que, como mínimo, comportará esta cuantía./ La

empresa, en su oferta, ha presentado una mejora totalmente gratuita que amplía el alcance y los medios de estudio incluidos en el pliego de condiciones./ La empresa, como contratista principal, en cumplimiento del pliego de condiciones y del RD 1627/97, ha presentado el Plan de seguridad y salud aplicable en la ejecución, el cual ha sido aprobado por el Excmo. Ayuntamiento en Junta de Gobierno del 22 de junio de 2006./ En base a esto, se solicita la aprobación de la factura nº 2006-1-060463, de fecha 30/06/06, presentada por la empresa y que corresponde a la totalidad del presupuesto anual del Plan de seguridad y salud en este año 2006 y que asciende a la cantidad de 16.795,28 euros”.

4. El día 19 de diciembre de 2006, la Adjunta a Jefe de Servicio del Área de Interior, con el conforme de la Jefa de Servicio, suscribe un informe en el que señala que en el escrito del “Jefe del Servicio del Área de Seguridad Ciudadana, relativo al pago de 16.795,28 euros, en concepto de presupuesto de seguridad y salud, se hace constar lo siguiente:/ 1º.- En la cláusula `Seguridad y salud´ del anexo IV del pliego de condiciones técnicas, relativo al estudio de seguridad y salud, se señala: `Se estima un presupuesto anual de 16.795,28 euros, si bien el licitador deberá aportar un proyecto detallado de este ámbito que será de aplicación obligatoria y que como mínimo comportará esta cuantía, que se deberá justificar anualmente´./ 2º.- En los artículos 1.3 y 1.4 del precitado pliego se señala el total de la licitación del contrato (...) y la justificación de tal presupuesto desglosado por conceptos (recursos humanos -se entiende que tal concepto ha de incluir, entre los costes de personal, los correspondientes a seguridad y salud-, local, materiales y medios auxiliares: vehículos)./ En tal desglose no se recoge referencia específica a seguridad y salud./ 3º.- La propuesta de gasto elaborada por el Área de Seguridad Ciudadana con fecha 1 de junio de 2005, sólo incluyó el importe correspondiente al presupuesto total (...), y así fue tramitada por los Servicios de Gestión Económica e Intervención de Fondos y por la Sección de Contratación, al elaborar el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares./ 4º.- En la mejora de la

empresa -apartado mejora nº 9 `Ampliación del Plan de seguridad y salud´- se incluye un plan para el servicio, sobrepasando el importe establecido en el pliego de condiciones y cuyo `sobrecoste resultante será asumido íntegramente por la empresa, lo que supone una mejora económica anual de la presente oferta con respecto al tipo de licitación, como una mejora general de las condiciones de seguridad del servicio´./ La mejora se desglosa por conceptos (protecciones colectivas e individuales y artículos -vestuario, calzado y otro material- a emplear), con un coste total de 16.930 euros/año./ 5º.- El Plan de seguridad y salud presentado por la empresa y aprobado por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 27 de junio de 2006, asciende a 16.795,28 euros y en él se incluyen muchas de las unidades reseñadas en el apartado nº 9 citado, a asumir íntegramente por la empresa./ Por todo lo expuesto no se considera procedente el pago de la factura presentada por la empresa por importe de 16.795,28 euros, en concepto de presupuesto de seguridad y salud”.

5. Con fecha 26 de enero de 2007, el Concejal Delegado de Economía y Contratación remite, mediante telefax, a la empresa “copia del informe de la Sección (...) de Contratación de fecha 19-12-06, para que en un plazo máximo de 10 días (...) se alegue lo que estime oportuno”.

6. El día 14 de febrero de 2007, una persona que dice actuar en representación de la empresa contratista presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo un escrito en el que, tras indicar que “con fecha 26 de enero de 2007 (*sic*) fue notificado el informe de la Sección de Contratación de fecha 12 de diciembre de 2007, acuerdo sobre el asunto `Presupuesto de seguridad y salud contrato conservación y mantenimiento de la red semafórica´”, formula alegaciones. En él se señala que “en la cláusula de Seguridad y salud del anexo IV del pliego de condiciones técnicas se estima un presupuesto anual de 16.795,28 euros. Para entender que este presupuesto estaba integrado en el total de la licitación del contrato (705.471,71 euros/año, IVA incluido) se debería haber incluido en la

justificación del presupuesto desglosado por conceptos establecido en los artículos 1.3 y 1.4 del pliego de condiciones técnicas. Aunque el presupuesto de seguridad y salud forma parte del proyecto de ejecución de la obra, no integra el presupuesto de ejecución material, y su liquidación debe ser paralela pero independiente de la del proyecto general (...). Que en la oferta presentada por la empresa se establecía, de forma independiente del presupuesto base de licitación, un presupuesto anual en relación con el Plan de seguridad y salud, resultando esta oferta conforme, al resultar adjudicataria del contrato de mantenimiento, conservación y reparación de las redes semafóricas (...). Tal y como se refleja en la oferta presentada por la empresa, el apartado de mejora se está refiriendo al sobrecoste debido a la `ampliación del Plan de seguridad y salud`, pero no al coste del presupuesto anual establecido en el pliego de condiciones técnicas”.

7. Con fecha 19 de febrero de 2007, la Adjunta a Jefe de Servicio del Área de Interior, con la conformidad de la titular del Servicio, suscribe un informe en el que se hace constar que “el contrato objeto de actuación es un contrato de servicios y no de obra, siendo de aplicación el R.D. 1627/97 a las obras de construcción (...). La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 62, apartado c), del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es causa de nulidad de Derecho Administrativo, en los términos del artículo 60 de la Ley General Presupuestaria y las demás normas de igual carácter de las Administraciones Públicas, sujeta a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”. Reproduce a continuación los artículos 46 de la Ley General Presupuestaria y 173, apartado 5, del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales. En la consideración 4ª) recuerda que “la cláusula 16ª del pliego de cláusulas administrativas particulares regulador del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece: `el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento,

modificarlos por razones de interés público, y acordar su resolución, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente. / Los acuerdos que se adopten en interpretación de los contratos requieren el previo informe de la Dirección Jurídica Municipal y de la Intervención (artículo 114, apartado 3, del Texto Refundido del Régimen Local) y requerirá el previo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias cuando se formule oposición por el contratista (artículo 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 13.n) de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo)". Señala como conclusiones que "para el Servicio de Seguridad Ciudadana, autor del pliego de condiciones técnicas, es correcto el abono de la factura presentada por la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el anexo IV a dicho pliego, si bien en el presupuesto contractual fijado como tipo de licitación no se incluyó la partida correspondiente a seguridad y salud y no se formuló propuesta de gasto específica para tal concepto./ Las alegaciones formuladas por el contratista son coincidentes, en esencia, con la posición del Servicio de Seguridad Ciudadana (...). La aplicación supletoria del R.D. 1627/97, debía haber supuesto la inclusión en el presupuesto municipal del presupuesto de seguridad y salud y su correspondiente consignación presupuestaria (...). Partiendo de lo informado por el Área de Seguridad Ciudadana y de lo alegado por (el) contratista, la interpretación de la cuestión planteada exige la emisión de previos informes de la Dirección Jurídica Municipal y de Intervención, y, sólo en el supuesto de una interpretación diferente a la dada por el contratista, el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias".

8. El día 14 de marzo de 2007, la Directora Jurídica Municipal suscribe un informe en el que constan diversas consideraciones. En cuanto al fondo del asunto, respecto "a la alegación de la empresa contratista alusiva a la consideración de que, aunque el presupuesto de seguridad y salud forma parte del proyecto de ejecución de la obra (...), no integra el presupuesto de ejecución material y su liquidación debe ser paralela pero independiente de la

del proyecto general, debe oponerse el propio artículo 1.3 del pliego de condiciones técnicas que señala `el total de la licitación del contrato se fija en la cantidad de 705.471,71 euros para cada uno de los años de duración del contrato´. Del mismo modo, en el artículo 1.4 se señala la justificación del presupuesto desglosado por conceptos, y a la vista del mismo se observa que no se hace referencia específica al Plan de seguridad y salud, puesto que dicho concepto indudablemente está incorporado a los costes de personal (...). A mayor abundamiento,, cuando, en su día, acudió a la presentación de ofertas en el concurso (...) aportó `15 mejoras a la oferta´, entre las que se hallaba, como una más, la `mejora nº 9: Ampliación del Plan de seguridad y salud´, y su oferta económica fue de 634.924,54 € al total de la licitación del contrato, incluyendo, por tanto, el coste del Plan de seguridad y salud en la misma, como era pertinente; sin que existiera ninguna otra cantidad licitada, ni ninguna otra cantidad ofertada en contraposición a esa licitación”.

Concluye el citado informe señalando que “el contrato (...) fue adjudicado (...) a la empresa, por el precio ofertado por ésta de 634.924,54 €/año, IVA incluido; formalizándose el contrato con fecha 15-11-05 y quedando incluido en el mismo todos cuantos conceptos formaban parte del pliego de condiciones técnicas, entre los que estaba incluido, como uno más de ellos, el Plan de seguridad y salud; sin que haya constancia de que en toda la tramitación del expediente de contratación, bien por parte de la Administración o bien por parte del contratista, se hubiera planteado al menos alguna cuestión de la que pudiera deducirse que dicho Plan de seguridad y salud estaba al margen del contrato, o del precio de licitación del servicio, o del precio ofertado por la empresa adjudicataria./ Por tanto, la pretensión de la empresa (...) de que sea aprobada la factura girada por el concepto Plan de seguridad y salud no tiene fundamento alguno, como tampoco lo tiene el escrito del Jefe de Servicio del Área de Seguridad Ciudadana, al que, tal vez le haya llevado a confusión el hecho de la aprobación de dicho Plan de seguridad y salud en Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Oviedo, en fecha 22 de junio de 2006, deduciendo, quizás, que este acto implicase el pago de la

correspondiente factura, cuando, por el contrario, dicha aprobación es preceptiva `per se´ (artículo 7.2 de RD 1627/97), al margen de que estuviera o no incluido en el contrato el Plan de seguridad y salud./ En consecuencia, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 59.3 del TRLCAP y el artículo 33.n) (*sic*) de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre del Consejo Consultivo, habiéndose formulado oposición por el contratista, procede solicitar el preceptivo informe de dicho organismo.

9. Con fecha 19 de marzo de 2007, la Intervención General emite informe, constando en el mismo que lo hace a petición de la Sección de Contratación. Considera el Interventor General que “el pliego de condiciones técnicas del contrato de referencia en su art. 1.3 fija el total de licitación en la cantidad de 705.471,71 euros/año; dicha cifra se fija como precio límite de la contratación (...). La propuesta de gasto, elaborada por el Área de Seguridad Ciudadana el 1 de junio de 2005, sólo incluyó el importe correspondiente al presupuesto total (705.471,71 euros) y así se tramitó por los Servicios de Gestión Económica e Intervención, así como por la Sección de Contratación al elaborar el pliego de cláusulas administrativas particulares (...). La empresa adjudicataria presentó 15 mejoras en el concurso a la oferta del contrato incluyendo una novena referida a la ampliación del Plan de seguridad y salud, superando el importe establecido en el pliego de condiciones para el mismo y `cuyo sobrecoste resultante sería asumido íntegramente´ por ella”.

Concluye el informe señalando que “esta Intervención considera que en el contrato (...) estaba comprendido el Plan de seguridad y salud como uno de los conceptos del mismo según el pliego de condiciones técnicas; y, por lo tanto, no procede la pretensión de la adjudicataria”.

10. Con fecha 26 de marzo de 2007, el Concejal Delegado de Economía y Contratación propone “desestimar la pretensión de la empresa de aprobación de la factura nº por importe de 16.795,28 euros, al considerar que en el precio de adjudicación del contrato de referencia estaba incluido el

importe correspondiente al Plan de seguridad y salud”, y, “previamente a la adopción de acuerdo por el órgano de contratación, requerir la emisión del preceptivo informe por el Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

11. Obran en el expediente, a continuación, los siguientes documentos:

a) Proposición económica y documentación relativa a la “Mejora nº 9./ Ampliación del Plan de seguridad y salud”, presentada por la empresa a la licitación de referencia.

En la proposición económica, ajustada al modelo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, consta que el representante de la empresa “ofrece el precio de seiscientos treinta y cuatro mil novecientos veinticuatro euros con cincuenta y cuatro céntimos (634.924,54 €), IVA incluido, que significa una baja de setenta mil quinientos cuarenta y siete euros con diecisiete céntimos (70.547,17 €), sobre el tipo de licitación (...). Propone un porcentaje de baja del veinte (20) %, único y común, sobre los precios unitarios máximos reseñados en el anexo II del Pliego de condiciones técnicas (...). Acepta plenamente los pliegos de condiciones del concurso, como licitador y como adjudicatario, si lo fuere”.

En cuanto a la mejora relativa a la ampliación del Plan de seguridad y salud se señala que “el plan redactado, en cuanto a la valoración del mismo, sobrepasa el importe establecido en los pliegos de condiciones en base a una mayor disposición de elementos de protección, tanto a nivel individual como colectivo, como un aumento de la flota de vehículos./ Este sobrecoste resultante será asumido íntegramente por la empresa, lo que supone una mejora económica anual de la presente oferta con respecto al tipo de licitación, como una mejora general de las condiciones de seguridad del servicio”. A continuación se detalla la valoración económica del Plan de seguridad y salud, desglosada en conceptos, y que en total asciende a 33.726,32 euros anuales, lo que supone una mejora anual de 14.595,72 más IVA.

b) Anexo II, titulado “Presupuesto anual” del Plan de seguridad y salud, elaborado por la empresa adjudicataria. En él figuran detallados los costes

correspondientes a cada una de las partidas que integran el presupuesto, señalándose, a continuación, como "Total presupuesto ejecución material" la cantidad de 16.795,28 €. A dicha cantidad se añade un 13% en concepto de "gastos generales", un 6% en concepto de "beneficio industrial", y el IVA, resultando un total de veintitrés mil cientos ochenta y cuatro euros con veintiún céntimos (23.184,21 €).

c) Informe, suscrito por el Jefe de Servicio del Área de Seguridad Ciudadana con fecha 13 de junio de 2006, en el que constar que "analizado el Plan de seguridad y salud presentado por la empresa contratista (...) para la ejecución de las obras de conservación y mantenimiento de las redes semafóricas, sistema de TVCC y explotación de la sala de control, incluyendo aplicaciones informáticas de control de tráfico y sistema de aparcamientos, se considera que, conforme a lo exigido en el R.D. 1627/97, de 24 de octubre, por el que se establecen las condiciones mínimas en materia de seguridad y salud en las obras de construcción, el citado plan evalúa los riesgos y propone acciones preventivas y correctivas acordes a las obras a realizar".

d) Certificación del Secretario sustituto de la Junta de Gobierno Local, de fecha 22 de junio de 2006, en la que se refleja que la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 21 de junio de 2006, aprobó, por unanimidad, el Plan de seguridad y salud presentado por en relación con el contrato de referencia.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de marzo de 2007, registrado de entrada el día 2 del mes siguiente, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de interpretación del contrato de mantenimiento, conservación y reparación de las redes semafóricas, sistema de TVCC y explotación de la sala de control, incluyendo aplicaciones informáticas de control de tráfico y sistema de aparcamientos, adjudicado a la empresa, adjuntando a tal fin copia del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre interpretación de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el asunto sometido a consulta, no consta acreditada de la representación de quien, en nombre de la empresa adjudicataria, formula su oposición a la interpretación contractual realizada por la Administración. El escrito de oposición lo firma una persona distinta de aquella que, en su día, suscribió la proposición y formalizó el contrato con la Administración consultante en calidad de representante de la sociedad. Aunque afirma contar con apoderamiento para actuar en nombre de la sociedad según escritura protocolizada ante notario, en el expediente remitido para consulta no figura el mencionado poder.

A propósito de la representación, el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) establece que, “Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración

en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”.

En la medida en que la oposición del contratista condiciona el carácter de la consulta a este Consejo, consideramos que no ha de calificarse este acto como de mero trámite, sin que pueda presumirse aquélla. Desconocido el título con que actúa quien firma en nombre de la adjudicataria la oposición a la interpretación contractual, este Consejo no podría pronunciarse sobre el fondo del asunto si falta el presupuesto subjetivo que convierte la consulta en preceptiva, esto es, la acreditación de quien se opone a la pretensión del órgano consultante.

No obstante, puesto que la Administración municipal ha admitido, sin más, la representación del firmante, podríamos entender que quien suscribe el escrito de alegaciones pudo actuar como “factor notorio”, resultando de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Comercio, cuyo tenor literal dispone que “Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocida, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos”.

A tenor de dicho razonamiento, de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa, y a efectos de la emisión de este dictamen, entendemos de aplicación lo establecido en el artículo 32.4 de la LRJPAC, que permite subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, dentro del plazo de diez días, que habrá de conceder al efecto el órgano instructor, o de un plazo superior si las circunstancias lo requieren.

Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

TERCERA.- La consulta que se nos plantea tiene por objeto la interpretación de un contrato y no su calificación jurídica. No obstante, debemos dejar constancia de la indefinición que sobre esta cuestión existe en los pliegos rectores de la contratación. Mientras que el pliego de condiciones técnicas, aunque contraviniendo lo dispuesto en el artículo 68.3 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 (en adelante RGLCAP), establece en su artículo 1.2 que “la gestión que se regula en este proyecto se puede encuadrar dentro de los contratos administrativos especiales (...), ya que la actividad o servicio que se requiere está vinculada al desenvolvimiento de un servicio público específico, y satisface una finalidad pública que es competencia de la Administración contratante”, el pliego de cláusulas administrativas particulares se limita a indicar que “tendrá carácter administrativo”, si bien lo somete al régimen jurídico de los contratos de servicios al disponer, como medio de acreditación de la solvencia por parte de los licitadores, la exigencia de su clasificación como empresa contratista de servicios y establecer, entre las causas de resolución, las legalmente previstas para dicho tipo de contratos.

La Administración considera, en distintos informes obrantes en el expediente, que se trata de un contrato de servicios. Así, en un informe suscrito por la Adjunta a Jefe de Servicio de Interior, fechado el día 12 de julio de 2005, se afirma que el contrato “se subsume dentro de los contratos administrativos de servicios (art. 196.3 c) TRLCAP)”, entendiéndose que “los trabajos de conservación y mantenimiento prevalecen sobre aquéllos que podrían subsumirse dentro del concepto ‘gestión de sistemas de información’”. En el mismo informe se señala que el contrato es mixto en la medida en que “en el pliego de condiciones técnicas se prevé la posibilidad de que por el adjudicatario se ejecuten, además de los trabajos propios de un contrato de servicios, otros de naturaleza asimilable al contrato de obras”, y se sostiene que “la calificación del contrato ha de ser realizada atendiendo a la prestación más importante desde el punto de vista económico, lo que lleva a que el mismo sea calificado como de servicios (art. 6 TRLCAP sobre contratos mixtos)”. La

consideración se reitera en el informe del mismo Servicio, de fecha 19 de febrero de 2007, en el que se señala que “el contrato objeto de actuación es un contrato de servicios y no de obra”. Como consecuencia de ello, el procedimiento se ha tramitado atendiendo a lo establecido para los contratos de servicios.

En todo caso, el objeto del contrato incluye también prestaciones propias de las tareas de mantenimiento, conservación y reparación de las instalaciones semafóricas en las que se han identificado como unidades constructivas las de trabajos sobre la calzada, tendido de cables, así como montaje y desmontaje de elementos y, en lo que ahora interesa, se ha estimado de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud en las Obras de Construcción, el cual señala, en su artículo 2.1, apartado a), que a “efectos del presente Real Decreto” se entenderá por “Obra de construcción u obra: cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil cuya relación no exhaustiva figura en el anexo I”.

El capítulo VII del pliego de condiciones técnicas del contrato describe los “trabajos que deberá realizar el contratista”, muchos de los cuales encuentran acomodo en los epígrafes que se recogen en el anexo I del citado Real Decreto, como, por ejemplo, “reparación”, “mantenimiento” o “conservación-trabajos de pintura y de limpieza”. De ahí que los pliegos rectores de la contratación impongan al adjudicatario la obligación de presentar un plan de seguridad y salud, estableciendo el anexo IV del pliego de condiciones técnicas (estudio de seguridad y salud) los mínimos que dicho plan deberá observar, tanto en lo que se refiere al análisis de los riesgos y adopción de medidas de prevención y protección, organización, formación e información de los trabajadores, como en lo relativo a su coste económico mínimo.

Las alusiones a “la obra”, que hace el contratista, tanto en el escrito de oposición como al extender la factura que ha dado origen a la controversia, en cuyo concepto figura “Plan de seguridad y salud de la obra”, deben entenderse

efectuadas en tal contexto, y al margen de la calificación jurídica del contrato, que, como queda dicho, no constituye el objeto de la discrepancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, y sin necesidad de mayores puntualizaciones, baste con dejar expuesto ahora que el régimen jurídico que rige el presente contrato es el propio de los contratos administrativos en cuyo pliego de cláusulas administrativas particulares no se haya hecho constar su carácter de especiales, es decir, el régimen al que se refiere el artículo 7 del TRLCAP y que faculta a la Administración para el ejercicio de la prerrogativa incluida en la cláusula decimosexta del pliego de cláusulas administrativas particulares, “el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos (...) dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente”, y que es reiteración de lo establecido en los artículos 59.1 del TRLCAP y 114 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL).

Según constante jurisprudencia, la prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos establecida en el artículo 59.1 del TRLCAP es una manifestación de la potestad de autotutela de la Administración, en virtud del interés público que preside su actividad, impidiendo que ésta se vea paralizada o afectada por diferencias en el entendimiento de las cláusulas objeto de acuerdo. Ahora bien, dicha facultad debe realizarse de conformidad con los requisitos, límites y procedimiento establecidos al efecto en el ordenamiento jurídico, con preceptiva audiencia al contratista en los términos de lo dispuesto en el mismo precepto legal.

El artículo 97 del RGLCAP dispone que la tramitación de “cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido (...) se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes: / 1. Propuesta de la Administración o petición del contratista. / 2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a

evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles./ 3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior./ 4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista”.

Además de lo anterior, con carácter previo a la resolución del procedimiento relativo a la interpretación contractual, y siempre que se formule oposición del contratista, el artículo 59.3 del TRLCAP impone a la Administración la obligación de solicitar, con carácter preceptivo, “el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva”.

Finalmente, en cuanto a la competencia para dictar la resolución interpretativa, el repetido artículo 59 del TRLCAP la atribuye al órgano de contratación, el artículo 114 del TRRL la refiere al “órgano de la Entidad local competente para contratar” y el artículo 97 del RGLCAP al “órgano que haya celebrado el contrato”. Consecuentemente, la propuesta remitida hace referencia a la adopción del correspondiente acuerdo por el “órgano de contratación” que es, en este caso, la Junta de Gobierno Local, en aplicación del artículo 127 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Pues bien, de la documentación que obra en el expediente se deduce que la tramitación del procedimiento sometido a consulta ha sido correcta y acorde en lo esencial con lo establecido en el TRLCAP y en su Reglamento de desarrollo.

CUARTA.- En relación con el fondo de la cuestión planteada, no es motivo de controversia determinar si la elaboración del Plan de seguridad y salud forma parte de las obligaciones del contratista, ya que figura expresa y claramente en la cláusula decimotercera, apartado 3, del pliego de las administrativas particulares y en el anexo IV del pliego de condiciones técnicas a los que está sujeto, sino precisar si el coste de tal obligación se encuentra incluido en el precio convenido. Considera el contratista que “aunque el presupuesto de seguridad y salud forma parte del proyecto de ejecución de la obra, no integra el presupuesto de ejecución material, y su liquidación debe ser paralela pero

independiente de la del proyecto general”, y que, para entender que el coste del citado estudio se encuentra englobado en el presupuesto de licitación del contrato, “se debería haber incluido en la justificación del presupuesto desglosado por conceptos establecido en los artículos 1.3 y 1.4 del pliego de condiciones técnicas”.

Pretende el contratista que el precio correspondiente al presupuesto del estudio de seguridad y salud se le abone independientemente del gasto autorizado y comprometido para hacer frente a las obligaciones que del contrato se derivan, afirmando que en el precio convenido solamente estaría comprendido, a propósito de la prestación mencionada, el “sobrecoste debido a la ampliación del Plan de seguridad y salud”.

Esta interpretación es inicialmente avalada por el Jefe del Servicio del Área de Seguridad Ciudadana del Ayuntamiento en su escrito de 23 de noviembre de 2006, dirigido a la Sección de Contratación, solicitando el abono de la factura presentada al cobro por la contratista. Entiende que en el desglose del presupuesto no se recoge referencia específica a seguridad y salud y que la propuesta de gasto, elaborada por el Área de Seguridad Ciudadana con fecha 1 de junio de 2005, sólo incluyó el importe correspondiente al presupuesto total del contrato. Sin embargo, los posteriores informes de la Administración contratante son contrarios a este parecer; en particular, el de la Dirección Jurídica Municipal, al que se suma el de la Intervención General, y que considera que el propio artículo 1.3 del pliego de condiciones técnicas establece que “el total de la licitación del contrato se fija en la cantidad de 705.471,71 euros para cada uno de los años de duración del contrato” y que si en el artículo 1.4 del pliego, en donde se señala la justificación del presupuesto desglosada por conceptos, no se hace referencia específica al Plan de seguridad y salud se debe a que “dicho concepto indudablemente está incorporado a los costes de personal”. Añade que la empresa, en la oferta presentada al concurso, ofreció como una mejora más, de las quince que hizo, la referida a la “ampliación del Plan de seguridad y salud”, y que “su oferta económica fue de 634.924,54 € al total de la licitación del contrato, incluyendo, por tanto, el coste

del Plan de seguridad y salud en la misma, como era pertinente; sin que existiera ninguna otra cantidad licitada, ni ninguna otra cantidad ofertada en contraposición a esa licitación”.

En primer término, hemos de recordar que el importe por el que se plantea la actual divergencia en la interpretación del contrato corresponde al coste de una obligación legal y contractualmente impuesta al contratista para el correcto cumplimiento del Plan de seguridad y salud que ha de entregar a la Administración en virtud del contrato suscrito, y no se trata de una de tales prestaciones. Ello, por sí solo, apoya una interpretación contraria a la aprobación de su facturación autónoma e independiente a la Administración como si de uno de los trabajos contratados se tratara.

Asimismo, frente a las alegaciones de la empresa adjudicataria, no resulta admisible, y sería contrario a la buena fe, interpretar ahora que la mejora ofertada en su día por ella (y valorada para la adjudicación) se encontraba dentro del precio propuesto (cumpliendo, por otra parte, con la cláusula décima de las del pliego de las administrativas particulares) y que, sin embargo, el importe mínimo obligatorio fijado por la Administración y que se mejoraría se encontraba fuera, al margen o por encima de dicho precio.

Entiende este Consejo que el presupuesto de seguridad y salud, cuantificado en un mínimo de 16.795,28 € anuales, podría tener una ubicación idónea reflejándose expresamente en el desglose presupuestario que figura en el artículo I.4 del pliego de condiciones técnicas, además de en el anexo IV de dicho pliego. Sin embargo, no puede desconocer la adjudicataria que la cláusula segunda del pliego de las administrativas particulares, rector del contrato, determina el presupuesto máximo de la contratación en 705.471,71 €/año y también que el precio del contrato será el resultante de la adjudicación, de conformidad con la oferta del adjudicatario. Tampoco cabe obviar que el licitador presentó su proposición económica concretando el precio que ofrecía y la baja que proponía realizar sobre el tipo de licitación, es decir, sobre el tipo máximo fijado anteriormente, como así sucedió.

Mantener lo contrario significaría que el total de la licitación del contrato no era el que la cláusula segunda del pliego establecía y que fue objeto de fiscalización y aprobación, 705.471,71 € anuales, y que el precio del contrato no correspondía con la oferta y el documento contractual formalizado, por el que se dispuso el gasto correspondiente y por el que se fijó y depositó la garantía definitiva, sino dichas cantidades más 16.795,28 €, correspondientes a aquel mínimo recogido en el estudio de seguridad y salud. Este exceso conduciría indubitadamente a la nulidad del contrato, ya que, según el artículo 14 del TRLCAP, los contratos han de tener siempre un precio cierto y, según el artículo 11 de la misma norma, constituyen requisitos para la celebración de los mismos (salvo disposición legal expresa en contra) la determinación del presupuesto de gasto en los pliegos, la fijación del precio, la existencia de crédito adecuado y suficiente, la fiscalización previa de los actos de contenido económico y la aprobación del gasto por el órgano competente, y, en concordancia con lo que el artículo 62 del TRLCAP determina que es causa de nulidad de derecho administrativo de los actos preparatorios o del de adjudicación), haber sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (por aplicación del artículo 62 de la LRJPAC) y la “carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 (artículo 46 del texto en vigor) de la Ley General Presupuestaria y las demás normas de igual carácter de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia” (en relación con el artículo 173.5 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). En el mismo sentido, el artículo 84 del RGLCAP establece que la proposición que exceda del presupuesto base de licitación “será desechada por la mesa, en resolución motivada”.

A mayor abundamiento, y conforme a lo expuesto en la consideración precedente de este dictamen, dado el objeto del contrato, que incluye la realización de obras de mantenimiento, reparación y conservación, es de aplicación al mismo el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se

establecen las Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud en las Obras de Construcción. En su artículo 4.2 dispone que en “los proyectos de obras no incluidos en ninguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio básico de seguridad y salud”. Esta obligación es la que se concreta en el anexo IV del pliego de condiciones técnicas y que se cuantifica en una cantidad mínima imprescindible, como garantía de su efectivo cumplimiento. Además, según el artículo 5 del mismo Real Decreto, el estudio contendrá, entre otros, un presupuesto que cuantifique el conjunto de gastos para su aplicación y “dicho estudio deberá formar parte del proyecto de ejecución de obra o, en su caso, del proyecto de obra, ser coherente con el contenido del mismo y recoger las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleve la realización de la obra”. Asimismo, el propio precepto determina que las “mediciones, calidades y valoración recogidas en el presupuesto del estudio de seguridad y salud podrán ser modificadas o sustituidas por alternativas propuestas (...), siempre que ello no suponga disminución del importe total”. En definitiva, se trata de una de las múltiples obligaciones de la adjudicataria que conforman el contenido del contrato, y cuya contrapartida está en el precio total convenido, el “precio cierto” en los términos del artículo 14 del TRLCAP.

Por último, aunque se pretenda hacer recaer en la Administración la supuesta confusión en el desglose o justificación del presupuesto del contrato queriendo aplicar el artículo 1288 del Código Civil, según el cual la “interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”, habría que tener en cuenta que el artículo 1284 del mismo cuerpo legal establece que si “alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto” y, desde luego, éste no es aquél que conllevaría la nulidad del contrato.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez tenida en cuenta la observación esencial, de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de este dictamen, procede una interpretación contraria a la alteración e incremento del precio del contrato de mantenimiento, conservación y reparación de las redes semafóricas, sistema de TVCC y explotación de la sala de control, incluyendo aplicaciones informáticas de control de tráfico y sistema de aparcamientos, adjudicado a la empresa

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

Vº. Bº.

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.