



Exp. Junta Consultiva: RES 16/2021

Acord de resolució de recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: Lot 4 de les obres d'emergència per recuperar la funcionalitat de les lleres i restaurar les zones afectades per les inundacions i el desbordament provocat per les pluges del 9 d'octubre de 2018 a la comarca de Llevant de Mallorca (Exp. EMG1)

Òrgan de contractació: Conselleria de Medi Ambient i Territori

Recurrent: Construccions, Excavacions i Asfalts, SA (COEXA)

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 27 de gener de 2022

Atès el recurs especial en matèria de contractació que l'empresa Construccions, Excavacions i Asfalts, SA (COEXA) ha interposat contra la Resolució del conseller de Medi Ambient i Territori, de 15 d'octubre de 2021, per la qual s'aprova la liquidació del lot 4 del contracte d'obres d'emergència per recuperar la funcionalitat de les lleres i restaurar les zones afectades per les inundacions i el desbordament provocat per les pluges del 9 d'octubre de 2018 a la comarca de Llevant de Mallorca, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 27 de gener de 2022, ha adoptat l'Acord següent:

Fets

1. El 9 d'octubre de 2018 es varen produir a la Comarca del Llevant de Mallorca greus inundacions a causa d'intenses pluges, les quals varen provocar pèrdues i danys molt importants en vides humanes i en béns mobles i immobles de propietat privada, com també en infraestructures, equipaments, instal·lacions i serveis de caràcter públic.
2. El 18 d'octubre de 2018, es va publicar en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* (BOIB), el Decret Llei 2/2018, pel qual s'estableixen ajudes i altres mesures urgents per reparar les pèrdues i els danys produïts per les pluges intenses i les inundacions abans esmentades.
3. El mateix dia 18 d'octubre de 2018, el cap del Servei de Construcció de la Direcció General de Recursos Hídrics (DGRH) de la Conselleria de Medi Ambient, Agricultura i Pesca, va redactar un estudi tècnic per a la tramitació

d'emergència de les obres i els serveis complementaris necessaris per a la recuperació de la funcionalitat de les lleres i la restauració de les zones afectades.

L'estudi tècnic detallava les obres i els serveis d'assistència tècnica a contractar, — dividits en 9 lots — , els plànols, les fotografies de les zones d'actuació, les condicions tècniques bàsiques d'execució dels treballs, els quadres de preus i el pressupost estimat dels lots d'obra a contractar.

Concretament, el lot 4 havia de consistir en l'execució d'obres als torrents *d'es Gatzell, n'Aguait, Son Moll, Cala Mesquida, na Sorda, Cala Mitjana i es Matzoc*.

Aquest estudi tècnic per la tramitació d'emergència el va aprovar la directora general de Recursos Hídrics, — promotora de l'expedient de contractació — el 18 d'octubre de 2018.

4. El 26 d'octubre de 2018, es va trametre l'estudi tècnic i la invitació a participar en la contractació d'emergència a diverses empreses, —entre d'altres, COEXA—, per tal de conèixer la seva disponibilitat en executar algun dels lots a adjudicar.
5. El 31 d'octubre de 2018, l'òrgan de contractació va aprovar l'expedient de contractació, va adjudicar els lots i va ordenar-ne l'execució immediata.

Concretament, el lot 4 es va adjudicar a COEXA, per import de 3.145.322,38 euros (IVA inclòs), d'acord amb els quadres de preus de l'estudi tècnic de l'emergència.

El lot 7, corresponent al servei complementari d'assistència tècnica de les obres del lot 4, entre d'altres, es va adjudicar a l'empresa Garau Ingenieros SLU.

6. El 5 de novembre de 2018, l'òrgan de contractació va nomenar director de les obres al Cap del servei de construcció de la DGRH.
7. El 6 de novembre de 2018, es va aixecar l'acta d'inici de les obres del lot 4.
8. L'11 de març de 2019, l'òrgan de contractació, a proposta del director de les obres, va prorrogar el termini d'execució del contracte fins al 6 d'abril de 2019 i es va modificar a la baixa l'import corresponent al lot 4, amb una

disminució d'1.819.465,99 euros, atès que els danys reals estaven essent inferiors als inicialment prevists. Així, el preu d'aquest lot va quedar en l'import de 1.325.856,39 euros (IVA inclòs).

9. Entre els mesos de desembre de 2018 i abril de 2019, l'empresa COEXA va executar les obres i el director d'obra va emetre les corresponents certificacions, en total quatre, les que es varen aprovar i pagar a la contractista d'acord amb les factures corresponents.
10. El 4 de desembre de 2019, la contractista va comunicar la finalització de les obres i va sol·licitar que es dugués a terme l'acte de recepció.
11. El 16 de gener de 2020, el conseller de Medi Ambient va nomenar una persona representant de l'Agència Balear de l'Aigua i Qualitat ambiental (ABAQUA) per assistir com a tècnica a la recepció de les obres, atès que aquestes s'havien executat en espais del domini públic hidràulic, — torrents—, la conservació i millora dels quals correspon a l'esmentada Agència.
12. El dia 13 de febrer de 2020, es va dur a terme la recepció de les obres i es va aixecar acta de conformitat, ja que les obres s'havien executat d'acord amb el contracte, sense vicis ni deficiències, començant a comptar aleshores el termini de garantia d'un any. A l'acta també s'hi varen adjuntar, com annexos:
 - D'una banda, un document tècnic, elaborat per l'assistència tècnica el mes de juny de 2019, en què s'hi detallen les obres executades, la relació valorada, els pressuposts, els mesuraments i les certificacions d'obra acumulades.
 - D'altra banda, un escrit d'al·legacions en què COEXA expressava la seva disconformitat amb aquest document de l'assistència tècnica, manifestava quedar a l'espera que es dugués a terme la amidament general i sol·licitava expressament que li fos degudament notificada.

En l'acta de recepció també es va fixar que la data d'inici del mesurament general seria el dia 17 de febrer de 2020.

13. El 29 de gener de 2021, poc abans de complir-se el termini de garantia, el director de les obres va emetre informe favorable sobre l'estat de les obres, la qual cosa va comunicar a l'òrgan de contractació.

14. El 5 de febrer de 2021, el Departament de Gestió Econòmica i Contractació de la Conselleria va reclamar al director d'obra la documentació justificativa del mesurament general i la certificació final d'obres.

15. El 17 de febrer de 2021, conclòs el termini de garantia, el director de les obres va emetre la Proposta de liquidació.

Aquesta proposta es va notificar a la contractista perquè la pogués revisar el 2 de març de 2021.

16. El 5 març de 2021, COEXA va registrar electrònicament un escrit d'al·legacions, dirigit a l'òrgan de contractació, en el qual s'oposava a la Proposta de liquidació i adjuntava un amidament de part, emès per un enginyer de l'empresa, Mario Filgueiras Sánchez.

17. El 24 de març de 2021, el director de les obres va emetre un informe en relació amb les al·legacions de la contractista.

Aquest informe es va notificar a la contractista el 29 de març de 2021, concedint-li un termini d'esmena, ja que l'amidament de part presentat era incomplet.

18. El 17 d'abril de 2021, la contractista va esmenar la seva proposta de amidament i va reiterar la sol·licitud que es dugués a terme l'amidament general en la seva presència.

19. El 25 de maig de 2021 es va dur a terme una reunió entre la contractista, el director d'obres i l'assistència tècnica, de la qual se'n va aixecar la corresponent acta, per tal de debatre les discrepàncies amb sorgides entre l'Administració i la contractista. La reunió va concloure sense acord entre les parts.

20. L'1 de juliol de 2021, el cap del Departament de Gestió Econòmica i Contractació de la Conselleria va reiterar al director d'obra la sol·licitud de la documentació justificativa del mesurament general i de la certificació final d'obres.

Aquest requeriment es fonamenta en un Informe de la Sindicatura de Comptes emès en relació amb el contracte d'obres d'emergència per les inundacions del Llevant de Mallorca, en el qual es deixava constància de les deficiències detectades en la revisió dels diferents lots executades.

Concretament, de la fase d'extinció del contracte del lot 4, la Sindicatura de Comptes indicava que en l'expedient no constava el mesurament general ni la certificació final d'obres.

21. El 30 d'agost de 2021, el director de l'obra va sol·licitar a l'òrgan de contractació que dictés la Resolució de liquidació de les obres, d'acord amb la Proposta de liquidació de 17 de febrer de 2021.
22. El 15 d'octubre de 2021, el conseller de Medi Ambient i Territori va dictar la Resolució per la qual s'aprova la liquidació del lot 4, de la qual resulta un saldo de -175,493,89 €, a favor de l'Administració, que COEXA ha de retornar.
23. El 17 de novembre de 2021, COEXA va interposar un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució del conseller de Medi Ambient i Territori, de 15 d'octubre de 2021 per la qual s'aprova liquidació del contracte, amb saldo a favor de l'Administració.

La recurrent considera nul·la o anul·lable la Resolució de liquidació del contracte, basant-se, resumidament, en les al·legacions següents:

Primera. Manifesta que no se li va notificar ni es va dur a terme l'amidament general, el qual considera un tràmit administratiu previ i imprescindible per poder dictar la Resolució de liquidació.

Segona. Al·lega que en la Resolució de liquidació s'ha variat el preu aplicat a la partida corresponent al folrament de pedra de murs en comparació amb el preu aplicat per la mateixa partida en les certificacions d'obra ja aprovades i pagades.

Tercera. Considera que el preu aplicat a la partida de folrament de pedra de murs està fora de mercat.

Quarta. Al·lega que s'ha vulnerat el seu dret d'audiència en relació amb al·legacions presentades en diverses ocasions abans de la Resolució liquidació del contracte.

Amb el recurs també sol·licita la pràctica de proves documentals, per tal que s'incorporin a l'expedient tots els documents de l'expedient administratiu de contractació objecte del recurs (Exp. EMG1), així com la documentació d'un altre expedient administratiu (CONTR 2017-905), referit a la neteja, adequació i millora de diversos trams de torrents de les Illes Balears del mateix òrgan de contractació.

Finalment, també sol·licita la suspensió de l'execució de la Resolució impugnada. Aquesta sol·licitud ja es va desestimar, mitjançant la Resolució

de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de 16 de desembre de 2021.

24. L'òrgan de contractació ha tramés a la Junta Consultiva (JCCA), l'expedient administratiu complet del contracte.

A més, juntament amb l'expedient, també ha tramès un informe jurídic del cap del departament de gestió econòmica i contractació, de 9 de desembre de 2021, i un informe del director de l'obra, de 13 de desembre de 2021.

L'informe jurídic s'oposa expressament al fons del recurs interposat.

L'informe del director de l'obra no es pronuncia sobre els arguments de la recurrent, però aporta, entre d'altres documents, informes externs signats per l'assistència tècnica i per l'encarregat general de les obres, que es refereixen a algunes qüestions objecte del recurs.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual es liquida un contracte d'obres de la Conselleria de Medi Ambient i Territori, que té caràcter d'administració pública.

Contra aquest acte es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant, LRJ-CAIB). La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

2. L'expedient de contractació de les obres d'emergència per recuperar la funcionalitat de les lleres i restaurar les zones afectades per les inundacions i el desbordament provocat per les pluges del 9 d'octubre de 2018 a la comarca de Llevant de Mallorca (Exp. EMG1), al qual fa referència la Resolució de liquidació que s'impugna, es va iniciar el 31 d'octubre de 2018.

Així, el règim jurídic aplicable al contracte és el de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP).

3. La recurrent es troba legitimada per interposar el recurs especial en matèria de contractació i l'ha interposat mitjançant representant acreditat i dins termini adequat.
4. En relació amb les al·legacions de la recurrent, cal dir el següent:

4.1 Al·legació primera:

La recurrent considera que no se li va notificar ni es va dur a terme l'amidament general. Al·lega que és un tràmit previ i imprescindible per dictar la Resolució de liquidació.

La recurrent insisteix en què, ja en l'acta de recepció va presentar al·legacions, perquè no estava d'acord amb els amidament d'obra executada que l'assistència tècnica redactat i que es va annexar a l'acta de recepció. En l'acta de recepció va manifestar quedar a l'espera de l'amidament general, amb la seva presència i la del director de les obres i prèvia la corresponent convocatòria notificada.

La recurrent afirma que malgrat les seves al·legacions, mai s'ha arribat a dur a terme l'amidament general de l'obra, d'acord amb l'article 166 del RGLCAP, i l'òrgan de contractació va dictar la Resolució de liquidació, prescindint d'aquest tràmit.

4.2 Contestació a la al·legació primera:

El règim jurídic aplicable a l'extinció dels contractes d'obres es troba previst en l'article 243 LCSP i en els articles 163 i següents del Reglament general de la Llei de contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 de octubre (en endavant, el RGLCAP).

D'aquests articles interessa tenir en compte, especialment, el següent:

Segons disposa l'article 243 LCSP:

1. (...) Dins el termini de tres mesos comptats a partir de la recepció, l'òrgan de contractació ha d'aprovar la certificació final de les obres executades, que ha de ser abonada al contractista a compte de la liquidació del contracte en el termini que preveu aquesta Llei. (...)
2. Si les obres es troben en bon estat i d'acord amb les prescripcions previstes, el funcionari tècnic designat per l'Administració contractant i representant d'aquesta les ha de donar per rebudes i aixecar l'acta corresponent; s'inicia llavors el termini de garantia. (...)
3. (...) Dins el termini de quinze dies anteriors al compliment del termini de garantia, el director facultatiu de l'obra, d'ofici o a instància de la contractista, ha de redactar un informe sobre l'estat de les obres. Si aquest és favorable, la contractista queda rellevat de tota responsabilitat, tret del que disposa l'article següent, i s'ha de procedir a la devolució o cancel·lació de la garantia, a la liquidació del contracte i, si s'escau, al pagament de les obligacions pendents que s'ha d'efectuar en el termini de seixanta dies. (...)

L'article 166 RGLCAP assenyala que:

1. Rebudes les obres, seguidament es procedirà al mesurament general amb l'assistència de la contractista i el director de l'obra ha de formular, en el termini d'un mes des de la recepció, el mesurament de les realment executades d'acord amb el projecte. A aquest efecte, en l'acta de recepció el director de l'obra ha de fixar la data d'inici d'aquest mesurament, i la contractista queda notificat per a aquest acte. (...)
2. La contractista té l'obligació d'assistir a la presa de dades i la realització del mesurament general que ha de fer el director de l'obra.
3. Per dur a terme el mesurament general s'han d'utilitzar com a dades complementàries la comprovació del replanteig, els replantejaments parcials i els mesuraments efectuats des de l'inici de l'execució de l'obra, el llibre d'incidències, si n'hi hagués, el d'ordres i tots els que considerin necessaris el director de l'obra i la contractista.
4. D'aquest acte s'ha d'estendre una acta per triplicat i els exemplars els han de signar el director de l'obra i la contractista; cada un dels signants ha de retirar-ne un exemplar i el tercer l'ha de trametre el director de l'obra a l'òrgan de contractació. Si la contractista no ha assistit al mesurament, el director de l'obra li ha de trametre l'exemplar de l'acta.
5. El resultat del mesurament s'ha de notificar a al contractista perquè en el termini de cinc dies hàbils doni la seva conformitat o manifesti les objeccions que consideri oportunes.
6. Les reclamacions que consideri oportú fer la contractista contra el resultat del mesurament general les ha d'adreçar per escrit en el termini de cinc dies hàbils a l'òrgan de contractació per mitjà del director de l'obra, el qual les ha d'eleva a aquell amb el seu informe en el termini de deu dies hàbils.
7. Sobre la base del resultat del mesurament general i dins el termini que estableix l'apartat 1, el director de l'obra ha de redactar la relació valorada corresponent.
8. Dins dels deu dies següents al final del termini que estableix l'apartat 1, el director de l'obra expedirà i tramitarà la corresponent certificació final.
9. Dins del termini de dos mesos, a comptar de la recepció de l'obra, l'òrgan de contractació ha d'aprovar la certificació final de les obres executades, que s'ha d'abonar,

si s'escau, al contractista dins del termini de dos mesos a partir de expedició a compte de la liquidació del contracte (...)

I finalment l'article 169 RGLCAP disposa que:

1. Transcorregut el termini de garantia, si l'informe del director de l'obra sobre l'estat de les mateixes és favorable o, en cas contrari, una vegada reparat el que s'hagi construït, el director ha de formular en el termini d'un mes la proposta de liquidació de les realment executades, prenent com a base per a la seva valoració les condicions econòmiques establertes al contracte.
2. La proposta de liquidació s'ha de notificar al contractista perquè en el termini de deu dies hi doni la seva conformitat o manifesti les objeccions que consideri oportunes.
3. Dins del termini de dos mesos, a comptar des de la contestació a la contractista o del transcurs del termini establert per a aquesta finalitat, l'òrgan de contractació ha d'aprovar la liquidació i abonar, si s'escau, el saldo resultant.

Així, en resum, cal afirmar que la tramitació que s'ha de dur a terme des de la finalització de l'execució fins a la liquidació d'un contracte d'obres ha d'incloure, essencialment, i per aquest ordre temporal:

1. L'acta de recepció
2. El mesurament general
3. La relació valorada
4. La certificació final
5. L'informe sobre l'estat de les obres, una vegada transcorregut el termini de garantia.
6. La proposta de liquidació
7. La resolució de liquidació

Comprovat detalladament l'expedient administratiu i el que consta en els informes tècnics i jurídic emesos en relació amb el recurs interposat, cal dir el següent:

En l'acta de recepció de 13 de febrer de 2019 es va fixar que el mesurament general es duria a terme el dia 17 del mateix mes; per tant, la contractista va quedar notificat aleshores per a aquell acte (art. 166.1 RGLCAP).

No obstant, en l'expedient no consta cap acta que acrediti que efectivament, el 17 de febrer de 2019, el director d'obres i la contractista es reunissin a l'obra per dur a terme el mesurament general.

Al contrari, en l'informe tècnic relatiu al recurs que ha redactat l'assistència tècnica i el director de l'obra acompanya amb el seu escrit de 13 de desembre de 2021, consta literalment que:

La contratista dispuso de la documentación que sustenta la medición general (...) incluso antes del momento en que procedimentalmente correspondía realizar la medición general. (...)

El documento de descripción y valoración de los trabajos elaborado por esta asistencia técnica en junio de 2019 reunía los contenidos requeridos para una medición general (...)

Partint d'això, si el mesurament al qual es refereix l'assistència tècnica és del mes de juny de 2019, es pot afirmar que aquell mesurament no reuneix els requisits de l'article 166 del RGLCAP, ja que es va dur a terme abans de la l'acta de recepció, — que va ser el 13 de febrer de 2020—, no consten les actes que acreditin la manera en què va dur a terme, ni que es fes en presència de la contractista i del director de l'obra.

Cal afegir que, segons la darrera certificació que consta a l'expedient, —certificació quarta—, l'execució de les obres va finalitzar el mes d'abril de 2019, així que es podria admetre que el mesurament general, en el mes de juny de 2019, era perfectament possible perquè les obres estaven acabades. Ara bé, ha quedat acreditat que aquell mesurament només el va dur a terme l'assistència tècnica i no es va donar compliment als requisits formals i temporals que s'exigeixen en la normativa de contractació pública.

L'informe de l'assistència tècnica esmentat justifica aquesta actuació de la següent manera:

El motivo por el que esta documentación estuvo disponible antes es que las obras se sometieron al procedimiento regulado en el art. 120 de la LCSP, que establece un régimen excepcional para ejecutar trabajos de emergencia. Esta forma de tramitación implica que el documento técnico que describe las obras (análogo al proyecto constructivo de los procedimientos convencionales del contrato de obras) se redacta con posterioridad a la ejecución de los trabajos, de modo que sus mediciones no constituyen una estimación a tanto alzado con carácter previo a la realización de los trabajos, sino una medición de los trabajos efectuados.

No obstant, cal tenir en compte que l'article 120 LCSP, en l'apartat 1 lletra d) disposa que:

Un cop executades les actuacions objecte d'aquest règim excepcional, s'ha d'observar el que disposa aquesta Llei sobre compliment dels contractes, recepció i liquidació de la prestació.

Així, en contra de la opinió del tècnic, el compliment, la recepció i liquidació del contractes tramitats per emergència està subjecte al règim ordinari previst a la LCSP.

I segons alguns experts en contractació pública, quan s'executen obres d'emergència, davant la impossibilitat de redactar un projecte amb caràcter previ a l'execució, a l'informe de la necessitat de contractar cal annexar com a mínim el pressupost de l'obra redactat pel tècnic de la unitat corresponent, — com es va fer en aquest cas, amb l'emissió de l'estudi tècnic de l'emergència — ; ara bé, també cal redactar el projecte d'obres executades tan aviat com sigui possible i sempre abans del lliurament del compte.

En opinió d'aquesta Junta Consultiva, el que va redactar l'assistència tècnica el mes de juny de 2019 s'ha de considerar el projecte d'obres executades, ja que es tracta d'un projecte unilateral de l'assistència tècnica. Però aquest projecte no pot eximir de la necessitat de dur a terme el mesurament general, d'acord amb l'article 166 del RGLCAP, que exigeix que se'n deixi constància en acta i que es faci amb la presència *in situ*, a l'obra, del director d'obres i de la contractista, garantint d'aquesta manera el caràcter contradictori de l'esdeveniment.

Cal afegir que en l'expedient, a més de faltar el mesurament general tampoc hi consten la relació valorada i la certificació final d'obra, que s'exigeixen en els apartats 7 i 8 de l'article 166 RGLCAP, i s'han de dur a terme sempre abans de la proposta de liquidació.

De fet, el Departament de Gestió Econòmica i Contractació ja havia reclamat al director de l'obra la justificació d'aquests documents, preceptius en l'extinció de qualsevol contracte d'obres, sigui quina sigui la tramitació del procediment. Aquesta mancança documental també l'havia advertit la Sindicatura de Comptes en la revisió del contracte, la qual cosa es va posar en coneixement del director de les obres fins en dues ocasions, — el 5 de febrer de 2021 i l'1 de juliol del mateix any — . Això no obstant, s'ha comprovat que segueixen sense constar a l'expedient.

En conclusió, atès que les deficiències detectades infringeixen la normativa de contractació prevista per a l'extinció dels contractes d'obres, la Resolució de liquidació resulta anul·lable i s'ha de revocar, ja que es tracta d'un acte administratiu desfavorable per la recurrent, d'acord amb el que estableix l'article 109 Llei 9/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP).

En conseqüència, l'òrgan de contractació haurà de retrotreure el procediment al moment processal oportú, per tal que es dugui a terme el

mesurament general, la relació valorada i la certificació final d'obres, en base a les quals s'haurà de redactar una nova proposta de liquidació, perquè finalment, l'òrgan de contractació pugui dictar una Resolució de liquidació ajustada a l'ordenament jurídic.

Per tot això, s'estima l'al·legació primera.

4.3 Al·legació segona:

Segons la recurrent, en la Resolució de liquidació s'ha variat el preu aplicat a la partida corresponent al folrament de pedra de murs en comparació amb el preu aplicat per la mateixa partida en les certificacions d'obra ja aprovades i pagades. En les certificacions aprovades i pagades es va certificar la partida del folrament de pedra dels murs al preu unitari de 134,59 €/m², en canvi, en la liquidació s'imposa un preu per folrament de pedra dels murs molt inferior, que suposa una reducció del 75,09 % respecte al contemplat en les certificacions.

Segons la recurrent, no es pot considerar mai que les quatre certificacions fossin errònies, ja que l'òrgan de contractació les va aprovar i pagar. La Resolució impugnada oblida els seus postulats anteriors i, en conseqüència, pretén aprovar un saldo de liquidació negatiu de - 175.493,89 €. Segons la recurrent, l'Administració actua de manera il·lícita, perquè va contra els seus propis actes.

4.4 Contestació a l'al·legació segona:

Tractant-se d'una obra d'emergència en la qual no es va redactar projecte d'execució, sinó només un estudi tècnic de l'emergència, les partides i el nombre d'unitats a executar eren meres estimacions.

En l'apartat 4 de l'estudi tècnic es varen fer constar la relació de treballs a desenvolupar, entre d'altres:

- Las actuaciones concretas para llevar a cabo consistirán en los siguientes trabajos:
Trabajos correspondientes a las obras de conservación de ADECUACIÓN Y MEJORA:
- Demolición de muros y edificaciones que se encuentren en ruina o situación precaria
 - Reconstrucción y reparación de muros de las márgenes
 - Reparaciones de obras de fábrica
 - Protección de cimentaciones de muros y obras de fábrica
- (...)

En l'apartat 6 de l'estudi de l'emergència també consta que "Las tareas definidas en este documento se desarrollarán, de forma general, de acuerdo con los criterios de ejecución interpretados por el director de los trabajos para adaptarlas a las circunstancias concretas de cada actuación".

L'empresa, coneixia les condicions d'execució del contracte i en la invitació a participar, que li va ser notificada, es va fer constar que "Las mediciones seran las ejecutades realmente y se recogerán en el proyecto de liquidación".

Dit això, cal tenir en compte que l'article 240 de la LCSP, que regula les certificacions d'obra, disposa que:

(...) aquests abonaments tenen el concepte de pagaments a compte subjectes a les rectificacions i variacions que es produeixin en el mesurament final i sense suposar de cap manera aprovació i recepció de les obres que comprenen.

Per la seva banda, la doctrina del Tribunal Suprem ha considerat que:

A la certificación habrá que concederle la **presunción de veracidad** propia del acto administrativo correspondiente a su naturaleza, como acto **no de voluntad o decisorio, sino de conocimiento y de dación de fe**, ya que la misma viene suscrita por la dirección técnica de la obra (...).

A més, el Tribunal Suprem (en la STC núm. 1593/2005), també considera que:

(...) la obligación del contratista es una obligación de resultado y no de actividad para llegar a un resultado; a la Administración sólo le interesa la total y definitiva construcción de la obra pactada y no la actividad mediante la cual llega el contratista a este resultado, por ello, la Administración no debe el precio sino cuando el resultado final ha sido realizado a satisfacción.

En casos similars al que ens ocupa, en què s'han certificats treballs que no s'ajusten a allò realment executat, la Jurisprudència ha considerat que la determinació dels treballs realment executats s'haurà de fer necessàriament en la liquidació del contracte. En aquest sentit, cal fer referència al Dictamen núm. 822/1993, de 8 de juliol, del Consell d'Estat, que en un cas similar va considerar que:

Debe señalar este Consejo la **incorrección de la actuación de la Dirección de Obras** que certificó trabajos como terminados cuando "estaban pendientes de ser acabados", "dado que una certificación de obra es un pago a cuenta de la totalidad del importe de las obras que figuran en el proyecto" y ello "para facilitar la continuidad" de las mismas. En efecto, el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, según establecen los artículos 47 de la Ley de Contratos del Estado y 142 del Reglamento dictado en su ejecución. La Administración, por otra parte,

facilita la financiación de la obra mediante pagos a cuenta del precio definitivo. La realización de esos pagos está sujeta a un procedimiento de medición de la obra ejecutada, su valoración y certificación. La certificación acredita la obra ejecutada, de tal suerte que debe responder a lo verdaderamente hecho. Ello explica que, como momentos previos a la expedición de la certificación, las disposiciones reguladoras de la materia establezcan como obligatorias la medición y valoración de los trabajos. La medición de la obra no es una pura operación aritmética de fijación de las unidades realizadas sino que tiene el alcance de una verdadera comprobación de las prestaciones ejecutadas por el contratista en un determinado período de tiempo. En otros términos, que **la certificación debe siempre responder a una realidad ejecutada y valorada y no puede convertirse en un mero instrumento contable de financiación de la obra futura mediante su expedición respecto de trabajos no llevados a efecto. Por consiguiente, en el caso presente, deberá determinarse qué trabajos correspondientes a las certificaciones números 3 y 4, expedidas en su día, fueron realmente ejecutados y cuáles no, mediante la correspondiente liquidación final de la obra, toda vez que en el informe emitido e incorporado al expediente no los contempla.**

En el cas que ens ocupa, el director no va actuar correctament, ja que va aprovar fins a quatre certificacions errònies, tot i conèixer perfectament les funcions de fedatari públic que li corresponen en el moment d'emetre les certificacions d'obra executada.

Ara bé, una vegada advertida l'errada en les certificacions, cal tenir en compte el que ha considerat la jurisprudència per aquests casos. El Tribunal Suprem, en la Sentència de 4 de abril de 1990, va assenyalar que:

La jurisprudencia se ha encargado de corregir la injusticia que representaría un enriquecimiento de una parte, con el consiguiente empobrecimiento de la contraria, sin causa justificante, restableciendo el equilibrio económico mediante la aplicación de la técnica civilista de la causación (entre otras, sentencias de 2 de mayo de 1960, 12 de marzo de 1964 y 22 de enero de 1975).

Segons les al·legacions de la recurrent, el motiu de la discrepància és el preu del folrament dels murs de pedra, qüestió purament tècnica que cal resoldre atenent a criteris tècnics. En l'informe relatiu al recurs que ha redactat l'assistència tècnica, s'aclareix que amb aquesta al·legació l'empresa s'oposa a la utilització de la partida 03.02.03 en lloc de la partida 03.02.01 per l'abonament del folrament de la pedra dels murs.

En l'informe de l'assistència tècnica de 26 de març de 2019, que també consta en l'expedient i es va emetre en relació amb els murs realment executats, consta que:

En las certificaciones 1 a 4 se recogen trabajos de construcción de muro de piedra que se aplican a la unidad 03.02.01 «Pared de piedra seca con técnica tradicional, menos 2,5 m altura» (...)

La unidad 03.02.01 se describe como:

Pared de piedra en seco hasta 2,5m de altura construida de acuerdo con la técnica tradicional de construcción de márgenes propios de las Illes Balears de acuerdo con los planos, encadenados y rellenos incluidos. (...)

La técnica tradicional de construcción de márgenes propios de les Illes Balears está claramente definida y tipificada y consiste en un sistema que tiene capacidad portante en sí mismo (...) y el pliego prevé la participación de un «Mestre de pedre seca» en su construcción.

(...)

Los trabajos realizados no corresponden a la unidad 03.02.01 ya que no es un muro completo sino un recubrimiento que trabaja solidariamente con un muro de hormigón. No se ajusta a la técnica tradicional ni tiene los elementos característicos del margen tradicional y no se trata de un muro de piedra seca que, como su nombre indica, no utiliza mortero ni hormigón.

Los trabajos realizados corresponden a la unidad 03.02.03 (...). La 03.02.03 se describe como: *Muro de mampostería ordinaria de piedra calcárea en muros a más de 3 metros de altura, una cara vista, colocada con mortero de cemento (...)*

CONCLUSIONES:

(...) los trabajos de pared de piedra ejecutados (...) se deben abonar con la unidad 03.02.03 y no con la unidad 03.02.01. (...)

En el mateix sentit, en l'acta de la reunió de 25 de maig de 2021, a la qual va assistir un representant de la contractista, el director de les obres va explicar les mediciones i va justificar les diferencies de preu aplicades en la liquidació de la següent manera:

Partida 03.02.01: M² Pared de piedra seca con técnica tradicional < 2,5 m de altura

(...) La dirección de obras no ha considerado justificadas la imputación a esta unidad en las mediciones de la empresa ya que esta unidad requiere el cumplimiento de las siguientes condiciones que no figuran en la documentación presentada:

- La puesta en obra de los mampuestos de piedra en la técnica de "pedra en sec" no utiliza ligante entre ellas ni en el trasdós del muro.
- La resistencia del muro se basa en la utilización de piedras de mayores dimensiones en la base y un talud adecuado para cada tipo de terreno, con el fin de soportar los empujes del trasdós del muro (1 H : 3-5 V).
- Se requiere una trabazón entre los distintos mampuestos para que no haya deslizamiento entre ellos.
- El relleno en el trasdós del muro está formado por distintos tipos de gravas y piedras de menores dimensiones que faciliten el drenaje y aminoren los empujes del trasdós. (Angulo de rozamiento interno de relleno mínimo 38°)
- Los muros no se han rematado con un encadenado de cierre de forma sensiblemente rectangular para dar consistencia al mismo y tener un acabado uniforme.

- El relleno del trasdós el muro estaba incluido en la partida de m² de pared de piedra seca con técnica tradicional... y por tanto no sería de abono el hormigón colocado en el trasdós del muro.

Partida 03.02.03: M³ Muro de mampostería ordinaria de piedra calcárea en muros de hasta 3 metros de altura, una cara vista, colocada con mortero.

La dirección de obras ha considerado que las mediciones que la empresa imputa a la Partida 03.02.01 deben imputarse a esta partida.

En opinió la Junta Consultiva la diferència conceptual entre les partides d'obra 03.02.03 i 03.02.01 queda ben aclarida en l'informe tècnic i en l'acta de la reunió esmentats.

El Tribunal Suprem (entre d'altres, la Sentència de 7 de maig de 2004), els Tribunals administratius de recursos contractuals i aquesta Junta Consultiva han considerat, en multitud d'ocasions que, per regla general, no es poden revisar amb criteris jurídics aquells aspectes que han de ser avaluats amb criteris estrictament tècnics. La doctrina de la presumpció d'encert dels informes tècnics i la discrecionalitat tècnica de l'Administració es recull entre d'altres, en les següents resolucions del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC):

La Resolució 632/2019, de 6 de juny, disposa que:

[...] siendo necesario recordar, a estos efectos, la doctrina sentada por este tribunal a propósito del principio de discrecionalidad técnica que ampara estos informes, cuyo criterio únicamente podrá ser revisado en los casos en los que se aprecie discriminación, arbitrariedad o error material manifiesto.

Conforme a esta doctrina, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material ostensible o manifiesto al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

I en la Resolució 1231/2019, consta que:

La discrecionalitat tècnica opera com un dret que assisteix a l'Administració a l'hora de determinar les condicions essencials que han de regir en la licitació, prèvia definició de les necessitats a satisfer per la mateixa i ni els potencials interessats, ni els Tribunals Administratius poden entrar a corregir aquest criteri, només en el cas de la desviació de

poder o una fallida dels principis essencials de la Contractació Pública, circumstàncies que requereixen ser acreditades per qui les al·leguin ().

Tenint en compta aquesta doctrina, la Junta Consultiva considera encertats els arguments dels tècnics i no té res a afegir respecte a la diferència en el preu aplicable al forament de pedra dels murs. Els murs realment executats s'han d'imputar a la partida que correspongui, sense perjudici del que resulti, finalment, del mesurament general, la revisió de les certificacions emeses i de la resta de tràmits que s'han de dur a terme per extingir el contracte d'acord amb la normativa de contractació.

Per tot això, l'al·legació segona s'ha de desestimar.

4.5 Al·legació tercera:

La recurrent s'oposa al preu del folrament de pedra dels murs, de 0,30 m de gruix, a raó de 111,73 €/m³, perquè considera que aquest preu està fora de mercat.

Per acreditar aquesta afirmació sol·licita que, com a prova documental, s'incorpori a l'expedient de resolució del recurs el PPT del contracte de neteja, adequació i millora de diversos trams de torrents de les Illes Balears del mateix òrgan de contractació (CONTR 2017-905). La recurrent exposa que en aquest altre contracte el preu que es paga pel folrament de pedra de 0,30m és de 134,59 €/m², preu que se correspon amb el preu de les quatre certificacions aprovades.

4.6 Contestació a l'al·legació tercera:

En l'estudi tècnic de l'emergència, es varen establir les característiques i condicions de l'objecte del contracte, definint amb la màxima precisió possible les necessitats de l'emergència a satisfer, amb l'objectiu de complir els principis d'eficàcia en la utilització dels fons públics i d'obtenció de la millor relació qualitat-preu en les obres objecte de contractació.

El quadre de preus que regeixen el contracte és el que consta en l'estudi tècnic, el qual es va trametre a l'empresa COEXA, juntament amb la invitació a participar en la contractació d'emergència, per tal de conèixer la seva disponibilitat en executar algun dels lots.

Revisat el quadre de preus, s'ha comprovat que la paret de pedra seca s'havia de pagar a un preu/m², mentre que la paret de ordinària amb

morter s'havia de pagar a un preu/m³. Concretament els preus són els següents:

- Partida 03.02.01 m² de Pared de piedra seca con técnica tradicional < 2,5 m de altura construida de acuerdo con la técnica tradicional de construcción de márgenes propios de las Islas Baleares PRECIO 134,59 €.
- Partida 03.02.03 m³ de Muro de mampostería ordinaria de piedra calcárea en muros hasta 3 metros de altura, una cara vista, colocada con mortero PRECIO 111,73 €.

Segons consta a l'expedient, COEXA va manifestar estar interessada en executar el contracte i va resultar adjudicatària del lot 4.

L'article 139.1 LCSP disposa que:

Les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars, i la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat de les clàusules o condicions, sense cap excepció o reserva.

La doctrina i la jurisprudència han establert que els plecs o altres documents contractuals de naturalesa similar «*en la mesura en que en ells s'estableixen les característiques i condicions de la prestació objecte del contracte*», són l'autèntica *lex contractus*, amb eficàcia jurídica per a l'Administració i per a les empreses adjudicatàries del contracte (entre d'altres, cal esmentar les resolucions dels TACRC 802/2016, de 7 d'octubre i 956/2017, de 19 d'octubre).

Per tot això, cal afirmar que des del moment en què COEXA va manifestar estar interessada en la contractació d'emergència i va resultar adjudicatària del lot 4, va quedar subjecta de manera incondicionada a les condicions contractuals establertes en l'estudi tècnic de l'emergència. Aleshores, l'empresa va consentir la literalitat d'aquell document contractual i va perdre la possibilitat d'impugnar-lo, amb la única excepció que es contemplés la concurrència d'una causa de nul·litat de ple dret la qual cosa no ocorre en el cas que ens ocupa (Resolució núm. 728/2019 TACRC).

Si COEXA considerava que els preus no eren adequats a mercat ho hauria d'haver manifestat abans d'acceptar les obres, ja que al·legar-ho quan les obres ja estan executades resulta improcedent.

Finalment, cal afegir que per aquest mateix motiu, la prova sol·licitada, consistent en la incorporació del PPT d'un altre contracte per comparar els preus aplicats, resulta innecessària.

4.7 Al·legació quarta:

Segons la recurrent, s'ha vulnerat el seu dret d'audiència i se li ha causat indefensió, perquè considera que no se li han contestat diverses al·legacions que va presentar a llarg del procediment. Concretament, les al·legacions que va presentar el 13 de febrer de 2020 contra l'acta de recepció; el 5 març de 2021, en relació amb la Proposta de liquidació; i en unes altres al·legacions, de data inconcreta, que diu haver presentat pocs dies abans de la interposició del recurs especial que ens ocupa.

4.8 Contestació a l'al·legació quarta:

En les al·legacions de 13 de febrer de 2020, l'empresa expressava la seva disconformitat amb el mesurament de l'assistència tècnica i manifestava quedar a l'espera de ser convocada pel mesurament general.

Comprovat l'expedient, cal reconèixer que no consta cap contestació de l'òrgan de contractació en relació amb aquestes al·legacions; al respecte, en l'informe tècnic relatiu al recurs que ha redactat l'assistència tècnica, només es justifica que:

La empresa fue convocada en dos ocasiones a la toma de datos y realización de la medición de las obras con posterioridad a la recepción. Fue necesario hacerlo en dos ocasiones porque la primera el representante de la empresa manifestó que había acudido y no había encontrado a la dirección de obra. En la segunda de estas ocasiones se realizó una reunión de la que se levantó acta; según el acta el representante de la empresa se limitó a reiterar las alegaciones ya manifestadas en el momento de la recepción de las obras.

En les al·legacions de 5 març de 2021, COEXA s'oposava a la Proposta de liquidació, insistia en què s'havia de dur a terme el mesurament general i presentava un mesurament de part, emès per l'enginyer de l'empresa que, en la seva opinió, havia de servir de contrast i verificació de l'autenticitat de les obres executades.

Respecte d'aquestes al·legacions, consta en l'expedient que el director d'obres va emetre un informe, notificat a la contractista el dia 29 de març de 2021 i va concedir-li un termini d'esmena, ja que el mesurament que havia presentat la contractista era incomplet i faltava informació per poder

avaluar-lo des del punt de vista tècnic. Una vegada esmenades, es va convocar a l'empresa a una reunió per debatre les discrepàncies. Aquesta reunió va concloure sense acord entre les parts.

Finalment, les alegacions presentades abans de la interposició del recurs no consten a l'expedient que ha tramès l'òrgan de contractació.

Dit això, cal esmentar que el règim jurídic previst en la normativa de contractació per a la resolució d'incidències sorgides en l'execució dels contractes, es recull en l'article 97 del RGLCAP, que exigeix entre d'altres, informe del servei competent, informe jurídic, audiència de la contractista i resolució motivada de l'òrgan de contractació.

L'article 36 de la LPACAP, d'altra banda, disposa que per regla general els actes administratius s'han de produir per escrit a través de mitjans electrònics, llevat que la seva naturalesa exigeixi una altra forma més adequada d'expressió i constància.

D'una banda, s'ha d'admetre que en l'expedient que ha tramès l'òrgan de contractació hi manca la justificació de la contestació i tramitació de part de les alegacions presentades per la contractista, la qual cosa, sens dubte, li ha ocasionat molèsties que s'haurien pogut evitar amb la tramitació adequada de l'expedient per part de l'òrgan de contractació.

No obstant, d'acord amb l'article 48.2 LPACP, els defectes de forma només determinen l'anul·labilitat quan l'acte no tingui els requisits formals indispensables per assolir el seu fi o doni lloc a la indefensió dels interessats.

I d'acord amb la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, les situacions d'indefensió s'han de valorar segons les circumstàncies de cada cas i no neixen de la sola i simple infracció de les normes procedimentals, sinó quan la vulneració de les normes processals comporti la privació del dret a la defensa, amb perjudici real i efectiu pels interessos afectats. No es protegeixen situacions de simple indefensió formal, sinó aquells supòsits d'indefensió material en els que s'hagi pogut, raonablement, causar un perjudici al recurrent. Més concretament, la omissió del tràmit d'audiència no dona lloc sempre i de forma automàtica, a la nul·litat per aquesta causa, sinó que s'exigeix *"ponderar, en cada cas, les conseqüències produïdes per tal omissió a la part interessada, la falta de defensa que realment hagi originat"* (Tribunal Suprem, en Sentència de 17 de octubre de 1991).

Una vegada ponderades les conseqüències produïdes per l'omissió, cal apreciar que l'empresa, finalment, ha vist satisfet el seu dret a la defensa amb la interposició del recurs especial que ens ocupa, i no se li ha causat indefensió susceptible d'anul·labilitat. A més, cal tenir en compte que el recurs estima part de les seves reivindicacions, amb la finalitat que es dugui a terme l'extinció i liquidació del contracte, d'acord amb el que estableix la normativa en matèria de contractació pública.

Finalment, cal esmentar que la prova documental que sol·licita la recurrent, – incorporació de expedient complet del contracte que ens ocupa (Exp. EMG1, lot 4)–, s'ha incorporat d'ofici per a la tramitació d'aquest recurs especial, el qual s'ha dictat tenint en compte els fets que consten documentats. A més, atès que l'expedient s'ha de retrotreure al moment del mesurament general, l'empresa disposa, en qualsevol moment, del dret d'accés a l'expedient que li correspon com a interessada en el procediment (l'article 53 de la LPACAP) i que l'òrgan de contractació haurà de garantir.

Per tot això, l'al·legació quarta s'ha de desestimar.

Resolc

1. Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa COEXA, contra la Resolució del Conseller de Medi Ambient i Territori, de 15 d'octubre de 2021, per la qual s'aprova la liquidació del lot 4 del contracte d'obres d'emergència per recuperar la funcionalitat de les lleres i restaurar les zones afectades per les inundacions i el desbordament provocat per les pluges del 9 d'octubre de 2018 a la comarca de Llevant de Mallorca, i en conseqüència, anul·lar l'acte impugnat.
2. Ordenar a l'òrgan de contractació a que retrotregui el procediment, per tal que es dugui a terme el mesurament general, la relació valorada i la certificació final d'obres, en base a les quals s'haurà de redactar una nova proposta de liquidació i, finalment, una nova Resolució de liquidació ajustada a l'ordenament jurídic (art. 243 LCSP i art. 163 i següents RGLCAP).
3. Notificar aquesta Resolució a l'empresa COEXA, i a la Conselleria de Medi Ambient i Territori.

Interposició de recursos

Contra aquesta Resolució —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

María Matilde Martínez Montero