



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 30 de octubre de 2023

Atès el recurs especial en matèria de contractació que ha interposat l'empresa Construcciones Alea, SL, contra la Resolució de la directora gerent de l'IBAVI, de 3 de juliol de 2023, en virtut de la qual es va modificar el contracte d'obres de 57 habitatges tutelats i centre de dia a Palma, al carrer de Cuba (es Molinar), la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 30 d'octubre de 2023, ha adoptat l'Acord següent:

Fets

1. El 28 d'agost de 2020, l'Institut Balear de l'Habitatge (d'ara endavant l'IBAVI o l'òrgan de contractació) i l'empresa Construcciones Alea, SL (d'ara endavant Alea o la contractista), varen formalitzar el contracte d'obres d'execució de 57 habitatges tutelats i centre de dia a Palma, al carrer de Cuba (es Molinar).

El preu de les obres es va fixar en 6.935.857,75 € (sis milions nou-cents trenta-cinc mil vuit-cents cinquanta-set euros amb setanta-cinc cèntims), IVA inclòs.

2. El 26 d'agost de 2022, l'òrgan de contractació, previs els informes tècnics procedents, va aprovar una modificació del contracte, la qual va suposar un increment del preu del contracte per l'import de 351.781,69 € (amb l'IVA exclòs), la qual cosa es corresponia amb el 5,58 % del preu original del contracte (6.305.325,23 €, IVA exclòs).
3. El 29 de maig i el 28 de juny de 2023, la Direcció Facultativa (DF) va emetre informes tècnics de valoració de les partides addicionals no previstes en el



projecte que havien estat necessàries per a la bona execució de les obres. Segons l'informe, la valoració suposava la quantitat total de 523.024,51 € (IVA exclòs). Concretament:

— En l'informe tècnic de 29 de maig de 2023, es varen valorar les modificacions i partides noves addicionals estimades en 145.040,08 €.

D'acord amb l'informe, els preus d'aquestes modificacions i partides comptaven amb la conformitat de totes les parts (DF, propietat i contractista), d'acord amb les actes de conformitat subscrietes per la contractista i emeses el mes de desembre de 2022. A més, tracte d'obres executades íntegrament.

— En l'informe tècnic de 28 de juny de 2023, es varen valorar la resta de modificacions i partides addicionals per l'import de 377.984,43 (amb l'IVA exclòs).

D'acord amb l'informe, respecte d'aquestes partides existia conformitat amb els preus d'una part, valorada en 211.062,50 € (amb l'IVA exclòs), d'acord amb l'acta de conformitat subscripta per la contractista de 21 de juny de 2023. De l'import restant —obres dels locals de l'edifici i del sistema contra incendis—, no constava acreditat l'acord amb la contractista respecte als preus a fixar. Així, de l'import total només existia conformitat amb els preus respecte a l'import de 356.102,58 €, amb l'IVA exclòs.

4. El 28 de juny de 2023, el Departament Tècnic de l'IBAVI, atesos els informes anteriors de la DF, va informar favorablement la valoració tècnica i econòmica de les modificacions proposades.
5. El 30 de juny de 2023, el Departament Jurídic de l'IBAVI va emetre un informe jurídic favorable i va proposar aprovar la modificació del contracte d'acord amb la proposta tècnica.
6. El 3 de juliol de 2023, l'òrgan de contractació, d'acord amb els informes tècnics anteriors, va resoldre aprovar les modificacions en el sentit següent:
 1. Aprovar les modificacions del contracte adjudicat a la mercantil CONSTRUCCIONES ALEA, S.L., amb NIF A07405681, per a l'execució d'aquestes obres, proposades el 28 de juny de 2023 el Departament Tècnic, les quals suposen un increment del preu del contracte per l'import total de 356.102,58 €, amb l'IVA exclòs, que es correspon amb el 5,65 % del preu inicial del contracte (6.305.325,23 €, IVA exclòs).
 2. Notificar la present resolució a la contractista i requerir-la per tal que en el termini de quinze dies naturals comptadors des del següent al d'aquesta notificació, procedeixi al reajustament de la garantia definitiva amb un augment d'aquesta xifrat en 17.805,13 €, de conformitat amb l'article 109 de la LCSP.



Aquesta resolució es va notificar a la contractista.

7. El 17 de juliol de 2023, la contractista va reajustar la garantia per un import de 17.805,13 €, dipositada en la Direcció General del Tresor i Política Financera de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors (aval núm. 40000470/00000008).
8. El 18 de juliol de 2023, la contractista va sol·licitar, d'una banda, una ampliació del termini d'execució i de l'altra, la modificació de la clàusula 2 de l'esborrany del modificat de contracte, per a fer constar que algunes partides noves es trobaven pendents d'executar.
9. El dia 24 de juliol de 2023, Alea va interposar, davant l'òrgan de contractació, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució de la directora gerent de l'IBAVI, de 3 de juliol de 2023, de modificació del contracte.

En resum, els motius del recurs especial interposat, són essencialment els següents:

— Al·legació primera. Infracció del procediment legalment previst, concretament, omissió del tràmit d'audiència a la contractista.

— Al·legació segona. Disconformitat de la contractista en la valoració d'alguns dels preus nous aprovats i infracció de les normes previstes en els articles 100 i 102 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (d'ara endavant, LCSP) i en els articles 130 i 158 del Reial Decret 1098/2001, pel qual s'aprova el Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques (d'ara endavant, RGLCAP), en relació amb el càlcul de preus d'unitats d'obra.

En virtut d'això, la recurrent sol·licita la nul·litat de la resolució impugnada i la retroacció del procediment al moment d'emetre una proposta d'aprovació dels preus del modificat, garantint que se li concedeixi el corresponent termini d'audiència; o subsidiàriament, que s'aprovin els preus que proposa en el recurs especial interposat.

10. El 3 d'agost de 2023, l'òrgan de contractació va trametre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa (JCCA) el recurs especial en matèria de contractació interposat, juntament amb l'informe jurídic preceptiu per a la tramitació del recurs. L'informe jurídic proposava la desestimació del recurs interposat.



11. L'11 d'octubre de 2023, el Departament Jurídic de l'IBAVI, en contestació a un requeriment de documentació de la JCCA a l'òrgan de contractació, va informar que el 6 de setembre de 2023, la contractista va signar l'acta de conformitat corresponent als preus que restaren pendents de revisar, tal com es va recollir expressament en l'acta de 21 de juny de 2023, els quals es referien a les obres del nou local i del sistema contraincendis, per un preu total de 223.446,97 € (PEM).

Fonaments de dret

1. L'acte objecte del recurs especial és la Resolució per la qual es va aprovar la modificació d'un contracte d'obres de l'IBAVI, el qual té caràcter d'Administració pública.

Contra aquests actes 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 (d'ara endavant, LRJCAIB). 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. El procediment de tramitació del recurs especial de l'article 66 de l'LRJCAIB equival al recurs de reposició dels articles 123 i 124 de la Llei 39/2015, de procediment administratiu comú de les administracions públiques (d'ara endavant, LPACAP).
3. La recurrent es troba legitimada per interposar el recurs, que s'ha interposat mitjançant un representant acreditat.
4. El termini per interposar el recurs especial de l'article 66 de la LRJCAIB, d'acord amb l'article 122 de l'LPACAP, és d'un mes des de la notificació de l'acte impugnat.
El recurs s'ha interposat dins del termini establert.
5. El règim jurídic aplicable a la modificació dels contractes d'obres és la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara endavant LCSP), article 203 i següents sobre modificacions dels contractes en general, article 242 sobre modificació del contracte d'obres, així com l'article 234 sobre modificacions de contractes d'obres.



6. En relació amb les al·legacions de la recurrent, cal dir el següent:

- Al·legació primera. La contractista al·lega que l'òrgan de contractació va infringir el procediment legalment i reglamentàriament previst per al càlcul del preu del modificat, ja que considera que no se li va concedir el tràmit d'audiència. Concretament, la recurrent argumenta que:

[...] tanto el procedimiento de modificación contractual como el de fijación de los precios nuevos requieren obligatoriamente conceder trámite de audiencia al contratista con carácter previo a su aprobación, además del resto de trámites previstos en el artículo 242.4 de la LCSP.

En este caso se han omitido los referidos trámites y en especial el de audiencia al contratista, puesto que tras la propuesta de precios y modificaciones efectuadas por el departamento técnico del IBAVI y dirección facultativa, efectuada en fecha 28 de junio de 2023, el siguiente trámite consistió en la emisión el 30 de junio de 2023 del informe de la directora del departamento jurídico del IBAVI y seguidamente la resolución de la directora gerente de fecha 3/07/2023 aprobando dicha modificación

La recurrent sol·licita que:

Se declare la nulidad de la resolución de fecha 3/07/2023 por infracción del procedimiento legalmente establecido ordenando al órgano de contratación que retrotraiga la tramitación del expediente al momento anterior a la aprobación de la modificación contractual a fin de dar audiencia al contratista y seguir todos los demás trámites procedimentales legalmente previstos para la aprobación de los precios nuevos, debiendo el órgano de contratación en el trámite de audiencia dar traslado al contratista de las justificaciones y descompuestos de todos los precios unitarios nuevos propuestos por el IBAVI.

- Contestació a l'al·legació primera:

En relació amb la nul·litat de ple dret, per haver-se dictat l'acte prescindint totalment i absolutament del procediment legalment establert, cal recordar que és doctrina reiterada del Tribunal Suprem (d'ara endavant, TS), considerar-la d'aplicació només en els casos en què s'ha omès totalment i absolutament el procediment establert o en els quals s'ha omès algun tràmit essencial o fonamental.

El TS ha precisat que no tota omissió d'un tràmit essencial dona lloc a nul·litat absoluta, sinó que cal valorar i ponderar les conseqüències concretes que aquesta omissió ha produït en la part interessada, la falta de defensa que n'ha derivat i, sobretot, en quina manera hauria variat l'acte administratiu originari si s'hagués complert el tràmit omès.



El TS ha considerat que la nul·litat absoluta només es produeix en els casos en què no s'ha realitzat cap dels tràmits del procediment, acostant-se a la via de fet, o en els casos en els quals s'ha utilitzat un procediment no previst.

El tràmit d'audiència, regulat a l'article 82 de la Llei 39/2015, és el mecanisme per instar i facilitar la participació dels interessats en el procediment administratiu. Aquest tràmit es duu a terme mitjançant la posada a la disposició dels interessats de l'expedient administratiu a l'efecte que puguin examinar-lo i presentar les al·legacions i documents que considerin convenients per a defensar els seus interessos.

I com ja s'ha avançat, és coneguda la doctrina jurisprudencial que considera que l'omissió del tràmit d'audiència no comporta, necessàriament, en tots els casos, la invalidesa de l'acte resultant del procediment administratiu. La Sentència del Tribunal Suprem de 9 de juny de 2021, estableix com a criteri interpretatiu que:

[...] la omisión del trámite de audiencia al interesado en un procedimiento no sancionador carece de efecto invalidante cuando no produjo indefensión real, material.

Amb aquest pronunciament, el TS no fa més que reiterar la doctrina expressada amb anterioritat, per exemple, en les sentències de 8 de juny de 2004 i de 20 de gener de 2005. En les sentències de 3 de juliol i de 12 de setembre de 2023, el Tribunal Suprem aprofundeix en l'anàlisi del criteri amb un repàs de la seva pròpia jurisprudència.

El TS distingeix dues modalitats d'indefensió: la indefensió material i la indefensió formal, i ho explica en la Sentència de 28 de març de 2008:

[...] las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso, y no nacen de la sola y simple infracción de las normas procedimentales, sino cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con perjuicio real y efectivo para los intereses afectados, no protegiéndose situaciones de simple indefensión formal, sino aquellos supuestos de indefensión material en los que se haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente [...].

Quan el vici de forma produeix una indefensió en sentit material, la Sentència de 3 de juliol de 2023, indica que fins i tot en aquests casos:

[...] no cabe excluir que en determinadas ocasiones la omisión del trámite de audiencia al interesado en un procedimiento administrativo puede quedar enervada o subsanada por otras actuaciones colaterales o ulteriores que materialmente eviten que se produzca indefensión.

Però amb un límit important: quan s'omet l'audiència d'un informe que ha resultat determinant del sentit de la resolució. En aquest cas, el Tribunal Suprem proclama en la sentència indicada que:



[...] el menoscabo del derecho de defensa que resulta de la omisión del trámite de audiencia respecto de un informe que se ha demostrado determinante del sentido de la resolución no puede considerarse corregido ni paliado por el hecho de haber tenido el interesado la posibilidad de intentar contradecir aquel informe con ocasión del recurso de reposición.

Tal com exposa el Departament Jurídic de l'IBAVI en l'informe relatiu al recurs interposat:

Pel que fa als tràmits a seguir en la modificació del contracte d'obres, l'article 102 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament de la LCAP, en concordança amb els articles 109, 191, 207 i 242 de la LCSP, estableix el procediment genèric per a les modificacions:

Quan sigui necessari introduir alguna modificació en el contracte, es redactarà l'oportuna proposta integrada pels documents que justifiquin, descriguin i valorin aquella. L'aprovació per l'òrgan de contractació requerirà la prèvia audiència del contractista i la fiscalització de la despesa corresponent.

Com ja s'ha indicat i d'acord amb la documentació que consta a l'expedient, hi ha conformitat entre les parts respecte de les modificacions i partides addicionals valorades en 356.102,58 €, amb l'IVA exclòs:

— D'una banda i quant a les modificacions valorades en 145.040,08 € consten quatre actes de conformitat de data 14 i 21 de desembre de 2023.

Cal dir que aquest import ja va ser certificat i abonat a la contractista en la certificació de març de 2023.

— D'altra banda, pel que fa a l'import modificat restant, això és 211.062,50 €, el qual és un dels motius de la impugnació que ens ocupa per causa del desacord amb els preus, *consta conformitat signada per la contractista el 21 de juny de 2023 on aquesta fa constar que està d'acord amb els preus, a excepció dels preus contradictoris relatius al local i al sistema contra incendis (indica textualment: "ok precios" / "Pendiente revisar propuesta IBAVI -contra incendios, local")*.

- Al·legació segona: la recurrent al·lega disconformitat en la valoració d'alguns dels preus nous aprovats, així com infracció de les normes previstes en els articles 100 i 102 de l'LCSP i en els articles 130 i 158 de l'RGLCAP. Concretament, la recurrent al·lega que:

[...] aplicando la anterior normativa al caso que nos ocupa, entendemos que las modificaciones aprobadas vulneran lo dispuesto en los referidos preceptos, ya que las valoraciones efectuadas de los precios que a continuación se indicarán, no son adecuados y no se han estimado correctamente. Véase que en esas propuestas no figuran los descompuestos necesarios para poder conocer los costes elementales de los precios unitarios aprobados y su correcta justificación.

En los siguientes motivos, indicaremos en qué precios estamos disconformes cuya valoración efectuada unilateralmente por el órgano de contratación es objeto del presente recurso.



En l'escrit de recurs, la recurrent insereix un quadre comparatiu dels preus que proposa i dels preus aprovats per l'IBAVI, així com un quadre de les diferències existents entre tots dos i afegeix que:

[...] no es cierto que exista acuerdo de la contrata respecto a los referidos precios, y prueba de ello es que no se aporta Acta de conformidad alguna firmada por la contrata.

— Contestació a l'al·legació segona:

Aquesta al·legació queda totalment desvirtuada per l'existència a l'expedient d'actes de conformitat amb els preus del modificat subscrietes per la pròpia contractista. Concretament, en l'acta de 21 de juny de 2023 que consta a l'expedient, la contractista va donar la conformitat als preus de les partides detallades a l'acta, amb l'única excepció dels preus de les partides «contra incendis i local». I posteriorment, en l'acta de 6 de setembre de 2023, la contractista va donar la conformitat als preus corresponents a la partida «locales IBAVI (instalaciones + obra civil), instalación contra incendios viviendas e ignifugación puertas entrada viviendas», per un import de 223.446,97 €.

Així, les argumentacions que la contractista exposa en el recurs per a justificar la seva no-conformitat amb els preus aprovats pel modificat, no concorden amb la seva voluntat de donar conformitat als preus manifestada amb la signatura de l'acta de 21 de juny. En el recurs, la recurrent manifesta que tan sols està conforme amb els preus de 24 partides i, en canvi, en l'acta esmentada, que és de data anterior a la interposició del recurs, va manifestar la seva expressa conformitat amb els preus d'un total 43 partides, amb l'única excepció dels preus corresponents a les partides de «contra incendis i local», els quals, posteriorment, va acabar acceptant en l'acta de conformitat signada el mes de setembre.

Cal afegir que, en els arguments del recurs, la recurrent afegeix partides que no es varen incloure en la modificació del contracte, ja que en l'informe tècnic aquestes partides apareixen pressupostades a 0 € i ni tan sols apareixen en l'acta de conformitat.

En conclusió, d'acord amb la documentació que es troba a l'expedient, queda acreditat que la contractista va signar una acta de conformitat amb els preus aplicats en la resolució de modificació del contracte que s'impugna, excepte els relatius a les partides del local i al sistema contra incendis, exclosos de la modificació. Aquesta acta és anterior a l'informe tècnic de 28 de juny de 2023, en el qual la DF va proposar l'aprovació de la modificació del contracte, de la qual cosa es pot deduir que es va respectar el tràmit d'audiència a la contractista i que



hi havia conformitat entre les parts en les modificacions i partides addicionals valorades en 356.102,58 €.

Atès tot això, les dues al·legacions s'han de desestimar. Es pot afirmar que no es va causar indefensió a la contractista, i en conseqüència, no existeix la causa de nul·litat de la resolució que sol·licita la recurrent.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa Construcciones Alea, SL, contra la Resolució de la directora gerent de l'IBAVI, de 3 de juliol de 2023, en virtut de la qual es va modificar el contracte d'obres de 57 habitatges tutelats i centre de dia a Palma, al carrer de Cuba (es Molinar).
2. Notificar aquest Acord a la recurrent i a l'òrgan de contractació.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —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.

Palma, en la data de la signatura electrònica

La secretària de la Junta Consultiva de
Contractació Administrativa de les Illes Balears

María Matilde Martínez Montero