



Exp. Junta Consultiva: RES 3/2021

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte mixt d'elaboració de projecte i execució d'obres de construcció i adequació de l'espai destinat al servei de radiologia de l'Hospital General Mateu Orfila (SSCC PA 54/14)

Òrgan de contractació: Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: M. Polo, SL

### **Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 28 de maig de 2021**

Atès el recurs especial en matèria de contractació que l'empresa M. Polo, SL, ha interposat contra la Resolució del director general del Servei de Salut, de 17 de desembre de 2020, en virtut de la qual s'incauta parcialment la garantia definitiva del contracte d'elaboració de projecte i construcció i adequació de l'espai destinat al servei de radioteràpia de l'Hospital General Mateu Orfila, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 28 de maig de 2021, ha adoptat l'Acord següent:

#### **Fets**

1. El 8 de maig de 2015, el Servei de Salut (en endavant, el SS) i M. Polo, SL, (en endavant, M. Polo o la recurrent) varen formalitzar el contracte mixt d'elaboració de projecte i execució d'obres de construcció i adequació de l'espai destinat al servei de radiologia de l'Hospital General Mateu Orfila, de Menorca (SSCC PA 54/14).
2. El 14 de desembre de 2015, el SS i l'arquitecte Vicenç Benítez varen formalitzar el contracte de serveis de direcció facultativa, coordinació de seguretat i salut i redacció de la documentació final de les obres de construcció per a l'adequació d'espais del servei de radioteràpia de l'Hospital General Mateu Orfila, de Menorca (SSCC PA 219/2015).
3. El 15 de setembre de 2016, es va signar l'acta de comprovació del replanteig i es va iniciar l'execució de les obres objecte del contracte formalitzat amb l'ara recurrent.
4. El 21 de juny de 2017, una vegada executades les obres, es va signar l'acta de recepció, sense observar defectes, donant per rebuda la prestació del

contracte i començant a comptar el termini de garantia de 24 mesos establert en la lletra E del PCAP.

En la mateixa data, el director facultatiu va emetre el document de medició general i la certificació final d'obra a compte de la liquidació.

5. El 16 de novembre de 2017, la UTE Servicios de Radiologia y Oncologia, SLU y Servicios Integrales de Sanidad, SL, contractista del servei públic d'oncologia radioteràpica (exp. SSCC PA 31/2014), va presentar al SS una reclamació econòmica, per import de 20.866,70 €.

El motiu de la reclamació eren els defectes de construcció que havia detectat i reparat en el bunker de radiologia de l'Hospital General Mateu Orfila, en el qual havien intervingut M. Polo, com a projectista i constructora, i Vicenç Benéitez, com a director facultatiu.

La UTE reclamant va fonamentar la reclamació en un informe de verificació dels blindatges de l'empresa ACPRO i en un informe de reforç dels blindatges que va emetre el cap de servei de protecció radiològica de l'Hospital Juaneda Miramar. També va presentar la factura de les reparacions realitzades.

6. El 30 de novembre de 2017, la Subdirecció d'Infraestructures i Serveis Generals del SS, responsable del contracte, va comunicar la reclamació a la recurrent i a la direcció facultativa mitjançant correu electrònic, sense que constin justificants de recepció en l'expedient.
7. El 18 de desembre de 2017, a sol·licitud del responsable del contracte, la UTE reclamant va presentar el desglossament per partides de la factura reclamada, distingint, essencialment, les dues reparacions executades, una de les quals afectava al blindatge exterior del búnker, per import d'11.227,26 € (IVA exclòs), i l'altre al blindatge de l'interior del búnker, per import de 2.839,36 € (IVA exclòs).
8. El 30 de gener de 2018, la Subdirecció responsable del contracte, va reclamar les deficiències a la direcció facultativa, concedint-li un termini per formular al·legacions.
9. El 14 de febrer de 2018, la direcció facultativa va presentar un escrit d'al·legacions i proves, oposant-se a qualsevol responsabilitat per la seva banda en relació amb les deficiències.

10. El 9 de març de 2018, l'enginyer industrial de la Subdirecció responsable del contracte va informar, mitjançant nota interna, en relació amb les al·legacions que havia presentat la direcció facultativa, va descartar la responsabilitat del facultatiu i va considerar procedent reclamar les deficiències a la projectista i constructora ara recurrent.
11. El 6 d'abril de 2018, la Subdirecció responsable del contracte va reclamar les deficiències a la recurrent, li va comunicar les actuacions dutes a terme fins aleshores i li va concedir un termini per formular al·legacions.
12. El 10 de maig de 2018, l'actual recurrent va presentar al·legacions, negant també la seva responsabilitat en les deficiències.
13. El 21 de maig de 2018, la UTE contractista del servei públic d'oncologia radioteràpica de l'Hospital va reiterar la reclamació econòmica presentada per les deficiències del búnker; atesa la manca de resolució expressa del SS, va interposar recurs contenciós administratiu davant el Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (TSJIB), la qual cosa va donar lloc a la tramitació del procediment ordinari PO 673/2018.  
  
Les parts intervinents en la construcció de l'espai de radiologia,— M. Polo i el director facultatiu—, no varen ser emplaçades com a possibles interessades en el procediment contenciós administratiu.
14. El 30 de gener de 2019, el cap del Servei de Radiologia de l'Hospital Universitari de Son Espases va emetre un informe tècnic en relació amb les deficiències i amb les reparacions que la UTE ja havia executat.
15. El 5 de març de 2019, l'enginyer industrial de la Subdirecció responsable del contracte va informar, mitjançant nota interna, en relació amb les al·legacions de M. Polo i els informes tècnics incorporats d'ofici en l'expedient. En la seva opinió, s'havia de descartar la responsabilitat del director facultatiu i s'havien de reclamar les deficiències a l'ara recurrent. No consta en l'expedient que es notifiques a la recurrent el contingut d'aquest informe.
16. El 6 de març de 2019, es va emetre un informe jurídic, favorable, d'una banda, a abonar a la UTE la reclamació econòmica presentada, i de l'altra, a repercutir a l'ara recurrent els costos de la reclamació mitjançant la incautació de la garantia, fins al termini de finalització de la seva vigència, és a dir, fins al dia 21 de juny de 2019.-

17. El 16 de juliol de 2019, el TSJIB va dictar Sentència estimatòria del recurs contenciós administratiu interposat per la UTE, atès l'aplanament de l'Administració a abonar els 20.866,70 € reclamats.
18. El 6 d'agost de 2019, el director general del SS, en compliment de sentència, va reconèixer l'obligació de pagament a la UTE reclamant.
19. El 20 d'agost de 2019, la Subdirecció responsable del contracte va proposar a l'òrgan de contractació, — el director general del SS—, iniciar el procediment per incautar a M. Polo la garantia definitiva constituïda en el contracte. Tampoc consta en l'expedient la notificació d'aquesta proposta a l'ara recurrent.
20. L'11 de novembre de 2020, el director general del SS va iniciar el procediment d'incautació per import de 20.886,70 €. La Resolució es va notificar a M. Polo i a l'avalista, concedint-los un termini d'audiència i facilitant-los una còpia dels informes de l'expedient.
21. El 27 de novembre de 2020, M. Polo va presentar al·legacions, oposant-se a la incautació, als conceptes i als imports reclamats; també sol·licitava la nul·litat de tot allò actuat, ja que, en la seva opinió, s'havia prescindit del procediment per reclamar indemnitzacions de danys i perjudicis, previst en l'article 214 del TRLCSP, així com del procediment per executar resolucions, de l'article 97 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP).
22. El 17 de desembre de 2020, el director general del SS va dictar la Resolució, en virtut de la qual es desestimen les al·legacions i s'acorda la incautació parcial de la garantia i la devolució de la diferència. La Resolució es va notificar a la contractista el 21 de desembre de 2020.
23. El 21 de gener de 2021, el representant de M. Polo va presentar un recurs especial en matèria de contractació administrativa, davant el SS, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

Concretament, la recurrent considera anul·lable la Resolució impugnada i fonamenta el recurs en els arguments següents:

— Al·legació primera. Que s'ha prescindit del procediment per reclamar indemnitzacions de danys i perjudicis, previst en l'article 214 del TRLCSP; que s'ha infringit l'article 100 del TRLCSP, que regula les responsabilitats a

les que estan afectes les garanties, així com l'article 97 de la LPACAP, relatiu a l'execució de resolucions limitadores de drets dels particulars.

— Al·legació segona. Infracció, per part de l'Administració, de l'article 102 del TRLCSP, que preveu el règim aplicable a la devolució i cancel·lació de les garanties. La recurrent considera prescrit el termini per executar la garantia i sol·licita que se li retorni.

— Al·legació tercera. Subsidiàriament, pel cas que no s'estimin les al·legacions anteriors, sol·licita que es revisin els informes tècnics i l'import incautat, ja que, en la seva opinió, dels 20.866, 70 € totals, només li podrien ser atribuïts 2.946,93 €, relatius als vicis o defectes que afecten al punt B del mur.

La recurrent també va sol·licitar la suspensió de l'acte impugnat, la qual cosa li va ser estimada mitjançant la Resolució de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 4 de març de 2021.

El recurs va tenir entrada a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 22 de febrer.

26. El 10 de febrer de 2021, el SS va emetre el preceptiu informe jurídic, que s'oposa al recurs especial interposat, i va trametre l'expedient administratiu incomplet. Previ requeriment d'esmena de l'expedient, finalment va tenir entrada a la Junta Consultiva de Contractació, complet i esmenat, el dia 29 de març de 2021.

### **Fonaments de dret**

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual s'incauta parcialment la garantia d'un contracte mixt, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, 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. Atès que la tramitació de l'expedient de contractació SSCC PA 54/14, al qual fa referència la Resolució d'incautació de garantia que s'impugna, es va iniciar l'any 2014, el règim jurídic que resulta d'aplicació és el previst en el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP).

Cal afegir, d'acord amb l'article 12 del TRLCSP, que s'observa que es tracta d'un contracte mixt d'elaboració de projecte i execució d'obres, per a la determinació de les normes d'adjudicació es va atendre al caràcter de la prestació més important des del punt de vista econòmic, que segons el quadre A2 de característiques del contracte del PCAP, correspon a l'obra.

3. La recurrent es troba legitimada per interposar els recursos especial en matèria de contractació i l'ha interposat mitjançant representant acreditat i dins termini adequat.
4. Per poder analitzar les al·legacions de la recurrent, es reproduïxen a continuació alguns apartats del plec de clàusules administratives particulars (PCAP) que resulten d'interès:

#### E. PLAZO DE GARANTIA

24 meses desde la recepción de la obra
--

#### 37. CERTIFICACIÓN FINAL DE OBRA Y LIQUIDACIÓN

Dentro del plazo de tres meses a contar desde la fecha del acta de recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato.

En el plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía a que se refiere la cláusula siguiente, el director facultativo de la obra redactará, de oficio o a instancia del contratista, un informe sobre el estado de las obras. Si éste fuera favorable, el director formulará, en el plazo de un mes, la propuesta de liquidación, que será notificada al contratista para que preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos. El órgano de contratación deberá aprobar la liquidación y abonar, en su caso, el saldo resultante de la misma.

5. Per poder analitzar el fons de l'assumpte, cal tenir en compte que l'òrgan de contractació, amb l'execució de la garantia que s'impugna, tenia com a objectiu rescabalar l'import d'unes deficiències, sorgides poc després de la recepció, que ja havien estat reparades i abonades per un tercer, – la UTE contractista del servei d'oncologia radioteràpica de l'Hospital –, i posteriorment repercutides en l'Administració, atesa la Sentència dictada pel TSJIB.

Per això, en primer lloc, cal centrar la qüestió en el règim jurídic aplicable a la indemnització de danys i perjudicis que pugui causar el contractista com a conseqüència de l'execució del contracte, que es preveu en l'article 214 TRLCSP en el sentit següent:

1. **És obligació del contractista indemnitzar per tots els danys i perjudicis que es causin a tercers com a conseqüència de les operacions que requereixi l'execució del contracte.**
2. Quan els danys i perjudicis hagin estat ocasionats com a conseqüència immediata i directa d'una ordre de l'Administració, aquesta n'és responsable dins dels límits que assenyalen les lleis. També l'Administració és responsable dels danys que es causin a tercers com a conseqüència dels vicis del projecte elaborat per ella mateixa en el contracte d'obres o en el de subministrament de fabricació.
3. **Els tercers poden requerir prèviament, dins de l'any següent a la producció del fet, l'òrgan de contractació perquè aquest, escoltat el contractista, es pronunciï sobre a quina de les parts contractants correspon la responsabilitat dels danys.** L'exercici d'aquesta facultat interromp el termini de prescripció de l'acció.
4. La reclamació d'aquells es formula, en tot cas, de conformitat amb el procediment establert a la legislació aplicable a cada supòsit.

En segon lloc, cal tenir en compte la normativa aplicable a les garanties, amb especial referència al cas específic dels contractes d'obres.

Amb caràcter general, l'article 100 TRLCSP disposa que:

La garantia respon dels conceptes següents:

- a) De les penalitats imposades al contractista de conformitat amb l'article 212.
- b) De l'execució correcta de les prestacions previstes en el contracte, de les despeses originades a l'Administració per la demora del contractista en el compliment de les seves obligacions, i **dels danys i perjudicis ocasionats a la mateixa Administració amb motiu de l'execució del contracte** o pel seu incompliment, quan no sigui procedent resoldre'l.
- c) De la confiscació que es pot decretar en els casos de resolució del contracte, d'acord amb el que estigui establert en el mateix contracte o en aquesta Llei.

d) A més, en el contracte de subministrament la garantia definitiva respon de la inexistència de vicis o defectes dels béns subministrats durant el termini de garantia que s'hagi previst en el contracte.

En el cas concret dels contractes d'obres, la recepció i el termini de garantia es regula expressament, de manera específica, en l'article 235 TRLCSP, del qual interessa tenir en compte el següent:

1. A la recepció de les obres quan finalitzin i als efectes que estableix l'article 222.2 ha de concórrer el responsable del contracte a què es refereix l'article 52 d'aquesta Llei, si s'ha nomenat, o un facultatiu designat per l'Administració representant d'aquesta, el facultatiu encarregat de la direcció de les obres i el contractista assistit, si ho considera oportú, del seu facultatiu.

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 l'article 216.4 d'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. Quan les obres no es trobin en estat en ser rebudes s'ha de fer constar així en l'acta, i el director de les obres ha d'assenyalar els defectes observats i detallar les instruccions necessàries, i fixar un termini per posar-hi remei. Si transcorregut el termini el contractista no ho ha efectuat, se li pot concedir un altre termini improrrogable o declarar resolt el contracte.

3. El termini de garantia s'ha d'establir en el plec de clàusules administratives particulars atenent la naturalesa i complexitat de l'obra i no pot ser inferior a un any llevat de casos especials.

Dins el termini de quinze dies anteriors al compliment del termini de garantia, el director facultatiu de l'obra, d'ofici o a instància del contractista, ha de redactar un informe sobre l'estat de les obres. Si aquest és favorable, el 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. En cas que l'informe no sigui favorable i els defectes observats siguin deguts a deficiències en l'execució de l'obra i no a l'ús del que s'ha construït, durant el termini de garantia, el director facultatiu ha de dictar les instruccions oportunes al contractista per a la deguda reparació del que s'ha construït, i concedir-li un termini per a això durant el qual continua encarregat de la conservació de les obres, sense dret a percebre cap quantitat per ampliació del termini de garantia.

[...]

Finalment, quan la garantia hagi de respondre d'algun dels conceptes de l'article 100 TRLCSP, – en aquest cas, dels danys i perjudicis causats –, i s'hagi d'executar, s'ha de tenir en compte el que disposa el Decret 13/2019, de 7 de març, pel qual es regula el règim jurídic de les garanties i dels dipòsits custodiats per la Dipositaria de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant, DGD).



Segons l'article 3 del DGD, les garanties han de respondre del compliment de les obligacions que estableixin les normes en virtut de les quals es constitueixin, en els termes que aquestes mateixes ho disposin, afegint que:

2. La naturalesa de les garanties pot ser indemnitzatòria o punitiva, segons el que estableixin les normes en virtut de les quals es constitueixin.

(...)

3. En les garanties amb funció indemnitzatòria, per confiscar-les cal que l'òrgan competent per resoldre l'execució justifiqui la quantificació dels danys i els perjudicis patits en el procediment tramitat d'acord amb l'article 24 d'aquest Decret.

(...)

Així, les garanties responen de diferents conceptes (penalitats, execució de les prestacions, danys i perjudicis, etc), i es pot afirmar que seran de naturalesa indemnitzatòria quan hagin de respondre dels danys i perjudicis ocasionats a l'Administració amb motiu de l'execució del contracte – com es el cas que ens ocupa–.

En l'apartat 1 de l'article 24 del mateix DGD es preveu que:

1. Les garanties només es poden executar quan hi hagi responsabilitats derivades de l'obligació garantida, per la qual cosa l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i els ens del sector públic no poden executar garanties per raó d'obligacions diferents de les garantides.

I l'apartat 2 del mateix article 24 regula el procediment necessari perquè la Dipositaria de la Comunitat Autònoma pugui executar materialment la garantia, el qual ha de tramitar, prèviament, l'òrgan de contractació, ja que com estableix l'article 63 del RGLCAP:

La Caixa General de Dipòsits, o la caixa o l'establiment públic equivalent de la comunitat autònoma o entitat local, ha d'executar les garanties a instància de l'òrgan de contractació d'acord amb els procediments que estableix la normativa reguladora.

El procediment d'execució consta dels tràmits següents:

- a) Resolució d'inici del procediment dictada per l'òrgan competent per resoldre
- b) Audiència del dipositant de la garantia i, quan n'hi hagi, de l'entitat avaladora o asseguradora, amb l'abast que estableix l'apartat b) 2 de l'article 25.
- c) Informe del servei gestor competent sobre les al·legacions presentades i la procedència de l'execució de la garantia. Si la garantia és indemnitzatòria, l'informe ha de quantificar els danys i perjudicis d'acord amb l'article 3 d'aquest Decret.
- d) Informes o dictàmens que siguin preceptius d'acord amb la normativa sectorial aplicable, i els que es considerin necessaris per resoldre.
- e) Resolució motivada, que ha de posar fi al procediment i que ha de contenir un pronunciament exprés sobre la procedència o no de l'execució de la garantia, i, en el cas que es resolgui executar-la, s'hi ha de fer constar, com a mínim, la informació següent:
  - 1r. Causa que dona lloc a l'execució.

- 2n. Identificació del deutor.
- 3r. Número d'expedient de registre de la garantia en el sistema economicofinancer.
- 4t. Quantia que s'ha d'executar

6. Entrant ja en els motius que planteja la recurrent en l'escrit del recurs, cal dir el següent:

6.1 Al·legació primera. La recurrent al·lega que s'ha prescindit del procediment per reclamar indemnitzacions de danys i perjudicis, previst en l'article 214 del TRLCSP; que s'ha infringit l'article 100 del TRLCSP, que regula les responsabilitats a les que estan afectes les garanties, així com l'article 97 de la LPAC, relatiu a l'execució de resolucions limitadores de drets dels particulars.

Més concretament, la recurrent exposa que el SS va acordar executar la garantia, sense haver declarat prèviament la seva responsabilitat per les deficiències. Troba que l'Administració va mantenir absolut silenci en relació amb als tràmits duts a terme per depurar responsabilitats i no va contestar les seves al·legacions, presentades el 10 de maig de 2018.

Afegeix que, només després de la Sentència del TSJIB, quan l'Administració es va veure obligada al pagament dels 20.866,70 € a la UTE, va iniciar, directament i sense prèvia declaració de responsabilitat, l'expedient per executar la garantia.

Aquesta al·legació, s'ha d'estimar pels motius següents:

D'una banda, l'article 214 TRLCSP, quan regula la indemnització de danys i perjudicis disposa, en l'apartat 1, que és obligació del contractista indemnitzar tots els danys i perjudicis que es causin a tercers com a conseqüència de les operacions que requereixi l'execució del contracte. I en l'apartat 3, consta que els tercers, poden requerir prèviament, dins de l'any següent a la producció del fet, l'òrgan de contractació perquè aquest, escoltat el contractista, es pronunciï sobre a quina de les parts contractants correspon la responsabilitat dels danys.

En el cas que ens ocupa, la UTE, dins de l'any següent a l'aparició i la reparació de les deficiències, va requerir l'òrgan de contractació que aquelles li fossin abonades; en conseqüència, l'òrgan de contractació, escoltada la contractista, s'havia de pronunciar sobre la part a qui corresponia la responsabilitat.

A això cal afegir, que tractant-se d'un contracte al qual li resultava d'aplicació el règim jurídic previst pels contractes d'obres, era necessari, que el director facultatiu, d'ofici d'ofici o a instància de la contractista, redactés un informe sobre l'estat de les obres, ja que d'acord amb l'article 235.3 TRLSCP, aquest informe resulta imprescindible per rellevar de responsabilitat a la contractista.

Segons l'article esmentat, si aquest informe resulta favorable, la contractista, queda rellevada de tota responsabilitat. En el cas que l'informe no sigui favorable i els defectes observats siguin deguts a deficiències en la l'execució de l'obra, — o en aquest cas, a la redacció del projecte—, i no a l'ús d'allò construït, durant el termini de garantia, el director facultatiu ha de dictar les instruccions oportunes al contractista per a la deguda reparació.

Atès que en aquest cas les deficiències ja es trobaven reparades, el director facultatiu, a la vista del projecte, de l'obra executada i dels conceptes i imports reclamats, hauria d'haver informat sobre la responsabilitat i quantificar els danys i perjudicis, ja que cal recordar que per poder confiscar garanties de naturalesa indemnitzatòria, l'article 3 del DGD, exigeix que s'hagi justificat també la quantificació dels danys i perjudicis, la qual cosa pot comportar limitació dels drets de la contractista.

Atès l'informe del director facultatiu, l'òrgan de contractació s'havia d'haver pronunciat sobre la responsabilitat, per tal de poder exigir, si s'esqueia, la indemnització corresponent amb càrrec a la garantia.

En aquest sentit, l'apartat 1 de l'article 24 del DGD disposa que les garanties només es poden executar quan hi hagi responsabilitats derivades de l'obligació garantida. I l'article 97 de la LPACAP, —el qual invoca la recurrent—, disposa efectivament que:

1. Les administracions públiques no han d'iniciar cap actuació material d'execució de resolucions que limiti drets dels particulars sense que prèviament hagi estat adoptada la resolució que li serveixi de fonament jurídic.
2. L'òrgan que ordeni un acte d'execució material de resolucions està obligat a notificar al particular interessat la resolució que autoritzi l'actuació administrativa.

Finalment, cal afegir que l'article 99 TRLCSP preveu en l'apartat 2 que:

En cas que es facin efectives sobre la garantia les penalitats o indemnitzacions exigibles a l'adjudicatari, aquest l'ha de reposar o ampliar, en la quantia que correspongui, en el termini de quinze dies des de l'execució, i en cas contrari, incorre en causa de resolució.

Una vegada exposat el procediment que, en opinió d'aquesta Junta Consultiva de contractació resultava d'aplicació al cas, cal fer referència a continuació a la tramitació que consta en l'expedient, centrant la qüestió únicament en la recurrent.

La Subdirecció responsable del contracte va dur a terme diverses actuacions administratives amb la finalitat de depurar responsabilitats, d'entre les quals interessa esmentar que:

- Va reclamar les deficiències a l'empresa el 6 d'abril de 2018; amb el requeriment, es varen annexar els informes emesos fins aleshores i es va concedir a l'empresa un termini per formular al·legacions.
- L'empresa va presentar al·legacions, però no consta notificada cap contestació al respecte, malgrat que l'enginyer industrial de la Subdirecció responsable les va considerar desestimables, en l'informe emes gairebé un any després en data 5 de març de 2019.
- No consta haver concedit a l'empresa cap termini d'audiència per tal donar-li a conèixer la resta d'informes tècnics incorporats a l'expedient amb posterioritat al requeriment. Concretament, no consten notificats a la recurrent: el pressupost desglossat de les dues partides reparades en el búnker, l'informe del cap del Servei de Radiologia de l'HUSE, l'informe de l'enginyer industrial esmentat en relació amb les al·legacions, l'informe jurídic, ni la proposta d'execució de la garantia de 20 d'agost de 2019.

De la tramitació que va dur a terme l'òrgan de contractació, cal esmentar el següent:

- L'11 de novembre de 2020, és a dir, més d'un any i mig després de la Proposta d'incautació de garantia del responsable del contracte, l'òrgan de contractació va dictar i notificar a l'empresa la Resolució d'inici del procediment d'incautació de la garantia, concedint un tràmit d'audiència i adjuntant-li la documentació rellevant que fins aleshores no se li havia notificat.
- L'empresa va presentar al·legacions els 23 i 27 de novembre de 2010, al·legant, essencialment, els mateixos motius plantejats en el recurs que ens ocupa.
- En la Resolució impugnada, es va fer constar, literalment, en resposta a alguna de les al·legacions, que:

El contratista debe tener en cuenta que la resolución de inicio, no declara ninguna responsabilidad (...)  
(...)

Con el desglose de documentación y trámites seguidos puede constatarse que se cumple así con las especialidades del Decreto 13/2019, de 7 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de las garantías y de los depósitos custodiados por la Depositaria de la CCAA y que la presente resolución responde a las exigencias del art. 24.2 e) sobre la resolución del procedimiento (...)

(...)

La contratista alega desconocer la exigencia de responsabilidad en el contrato de referencia. De la documentación del expediente, se desprende que el 9 de abril de 2018 ya se presenta una reclamación económica al contratista por parte de los defectos de construcción en el búnker, de conformidad con el informe del órgano promotor de 9 de marzo de 2018 en el que considera que los defectos en el búnker vienen causados por un defecto en el diseño y no en la ejecución del búnker.

De tot això, se'n poden fer les observacions següents:

De l'expedient es desprèn que els danys i perjudicis derivats de les possibles deficiències del búnker es varen requerir efectivament a l'empresa, el dia 6 d'abril de 2018.

No obstant, malgrat que s'ha de reconèixer que el responsable del contracte va dur a terme diversos tràmits amb l'objectiu d'aclarir la responsabilitat, no consta notificada la contestació a les al·legacions de l'ara recurrent, ni tampoc els informes posteriors incorporats a l'expedient. D'això se'n desprèn que en la tramitació es varen vulnerar alguns drets essencials de la contractista, en qualitat d'interessada en el procediment (art. 53 de la LPACAP), els quals, sens dubte, li varen causar indefensió: concretament, no es va garantir a la interessada el dret de conèixer l'estat de la tramitació del procediment, el dret que es tinguessin en compte les seves al·legacions, ni el dret d'un termini d'audiència.

Respecte de la tramitació que va dur a terme l'òrgan de contractació, cal recordar, en primer lloc, que el règim jurídic previst en l'article 214.3 TRLCSP per l'exigència de danys i perjudicis als contractistes exigeix que, una vegada escoltat el contractista, l'òrgan de contractació, es pronunciï sobre a quina de les parts correspon la responsabilitat.

En el cas que ens ocupa, l'òrgan de contractació, que era el director general del SS, no va dictar cap Resolució en aquest sentit. De fet, en la Resolució d'incautació que s'impugna, en contestació a al·legacions de l'empresa, es va fer constar literalment que *"El contratista debe tener en cuenta que la resolución de inicio, no declara ninguna responsabilidad"*.

En conseqüència, el procediment que va tramitar l'òrgan de contractació no es va pronunciar sobre la responsabilitat, sinó que es va dictar únicament

amb finalitat executiva, d'acord amb el procediment de l'article 24.2 del DGD.

Finalment, afegir que al llarg de la tramitació tampoc consta cap informe del director facultatiu, exigit en l'article 235.3 TRLSCP per rellevar, s'escau, la responsabilitat de la contractista.

En conclusió, s'ha estimar l'al·legació de la recurrent, ja que el SS va acordar efectivament executar la garantia sense haver declarat, prèviament, la seva responsabilitat per les deficiències, vulnerant el procediment legalment establert. En conseqüència, l'acte impugnat s'ha d'anul·lar.

6.2 Al·legació segona. La recurrent considera que l'Administració també ha infringit els articles 102 i 235 del TRLCSP, perquè el termini màxim que tenia per executar la garantia va acabar el 21 de juny de 2019, data en què es compliren 24 mesos des de la signatura de l'acta de recepció, de dia 21 de juny de 2017.

La recurrent, emparant-se en l'Informe 22/2011 de la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat, al·lega que la comunicació de les deficiències del mes d'abril de 2018 no es va dur a terme d'acord amb l'article 235.3 TRLCSP i, per tant, no va interrompre el termini de prescripció de la garantia.

Per aquests motius, sol·licita la devolució de la garantia que se li ha de retornar.

Aquesta al·legació s'ha de desestimar, pels motius següents:

Segons el que consta a l'expedient, el 21 de juny de 2017, trobant-se les obres en bon estat, es va aixecar l'acta de recepció i es va iniciar el termini de garantia de 24 mesos establert en el PCAP. Transcorregut aquest termini, el 21 de juny de 2019 i sense objeccions per part de l'Administració, havia de quedar extingida la responsabilitat de la contractista (apartats 1 i 2 de l'article 235 TRLCSP).

El mateix 21 de juny de 2017, el director facultatiu va emetre la relació documents tècnics necessaris per a l'extinció del contracte, prevists en els articles 166.9 del RGLCAP i 235.1 *in fine* del TRLCSP, concretament: l'acta de medició general, la relació valorada i la certificació final d'obra, la qual s'emet a compte de la liquidació del contracte.

No obstant, a la vista de l'expedient, a dia d'avui la garantia no s'ha retornat, no s'ha liquidat el contracte, ni s'ha emès l'informe sobre l'estat de les obres, que l'article 235.3 TRLCSP exigeix de la direcció facultativa.

S'ha de tenir en compte que l'ordenament jurídic configura la liquidació, en el contracte d'obres, com un tràmit d'obligada realització, al que s'atorga una gran transcendència jurídica, permet rellevar de responsabilitat al contractista.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat destaca la importància i la obligatorietat d'aquest tràmit de la liquidació al seu Informe 6/2000, de 30 de novembre:

“Esta concepción hace que se configure la liquidación del contrato de obras como una fase final, estableciendo el artículo 147.3 del TRLCAP (equivalent a l'art. 235.3 TRLCSP) que procederá, en su caso, tras el cumplimiento del plazo de garantía y no tras la recepción como establece el artículo 110 para los restantes contratos. Además, para el pago de las obligaciones pendientes resultantes de la liquidación se aplica el mismo régimen que el artículo 99.4 establece para las certificaciones de obras (obligación de pago dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su expedición y abono de intereses, en caso de demora, a partir del cumplimiento de dicho plazo), lo cual difiere de lo dispuesto para los restantes contratos, tal y como se ha puesto de manifiesto en la consideración cuarta de este informe.

La redacción dada al artículo 147.3 por la Ley 53/1999 en este extremo difiere de la del mismo precepto del TRLCAP.

Así según la Ley 53/1999: "(...) procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía y a la liquidación, en su caso, de las obligaciones pendientes, (...)” y el TRLCAP: "(...) procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes, (...)” en términos parecidos a los que se han puesto de manifiesto en la consideración segunda de este informe respecto al artículo 111.4 tras la Ley 53/1999 y el artículo 110.4 del TRLCAP, si bien en el contrato de obras la matización no es tan relevante pues la liquidación en la normativa anterior (LCAP) y en la actual (Ley 53/1999 y TRLCAP) se configuraba como un trámite de obligada cumplimentación.”

Pel que fa al regim jurídic del termini de garantia, aquesta Junta Consultiva de contractació comparteix l'opinió de l'informe 22/2011, de la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat,— el qual invoca la recurrent—, en el sentit de considerar el termini de garantia com un termini de prescripció, amb tots els seus efectes que això comporta respecte del seu còmput.

En canvi, no compartim la opinió de la recurrent, quan afirma que el requeriment que se li va fer en relació amb les deficiències no va interrompre el termini de prescripció, ja que el Tribunal Suprem té establert

que el requeriment interromp efectivament aquest termini. Entres d'altres, podem citar:

— La Sentència de 13 d'abril de 1981 (RJ\1981\1841) del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa):

“CDO.:

Que en el cumplimiento de contrato de obras hay que distinguir, además de la liquidación y pago de las obras, la recepción provisional, el plazo de garantía y la recepción definitiva, pues terminadas las obras objeto de un contrato, tiene lugar la entrega de la misma por el contratista a la Administración, que, previa la correspondiente comprobación, procederá a recibirlas provisionalmente si «se encuentran en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas» (art. 54 L. C. E.); dicha recepción provisional debe ser inmediata (dentro del mes siguiente a la terminación de las obras) -art. 54 L. C. E.- o en el plazo de 10 días -art. 61 R. C. E.- y, una vez producida, abre el plazo de garantía en el contrato (que no puede ser inferior a un año, art. 54 L. C. E.) y también a partir de la recepción provisional las obras se entregan al «uso público o servicio correspondiente» (art. 54 L. C. E.) quedando desde este momento a cargo de la Administración contratante, una vez transcurrido el plazo de garantía, que se interrumpe desde el momento en que se descubre un vicio o defecto de las obras o se produce una avería en las mismas (...) y sólo vuelve a correr una vez que éstas han quedado reparadas debidamente y que han sido puestos a disposición de la Administración los elementos afectados, la Administración ha de proceder en el plazo de un mes a realizar las comprobaciones necesarias (art. 173 R. C. E.), y, si las obras se encuentran en las condiciones debidas, extenderá el acta de recepción definitiva, debiendo en otro caso cursar al contratista las instrucciones precisas con el fin de remediar los defectos observados en un plazo habilitado al efecto; por último la recepción definitiva, que exige los mismos que la provisional, un acto expreso y formal de la Administración exonera al contratista de toda responsabilidad, excepción hecha de la ruina posterior de la obra por vicios ocultos del empresario, que en este supuesto está obligado a responder de los daños y perjuicios correspondientes si la ruina se produce en el término de los 15 años siguientes (art. 56 L. C. E.)”

— La Sentència de 30 de maig de 2000 (RJ\2000\4768) del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa):

“CUARTO

A mayor abundamiento, son de tener en cuenta en apoyo de este razonamiento los siguientes criterios, algunos de los cuales se extraen del análisis de la jurisprudencia reiterada de esta Sala:

a) La recepción definitiva de las obras libera al contratista de responsabilidad, salvo en caso de ruina posterior de obra en los quince años siguientes, derivado de vicios ocultos por incumplimiento doloso del contratista, extremo no comprendido en este caso, pero denegándose la recepción definitiva por la Administración, en la cuestión examinada, subsistía la relación jurídica contractual con la obligación por parte del contratista de llevar a cabo las reparaciones necesarias para la correcta realización de la prestación en el plazo que señala el artículo 174 del Reglamento General de Contratación del Estado, relación jurídica contractual que se integra por la voluntad de la Administración que interpreta el alcance y contenido del cumplimiento del contrato, por lo que siendo el



plazo de garantía esencial en los contratos, cumple la finalidad de comprobación del estado real de la obra, interrumpiéndose cuando se descubre el vicio o defecto, como ha sucedido en la cuestión examinada.

b) Al amparo del artículo 171 del Reglamento General de Contratación del Estado y ante el descuido del contratista, la Administración está habilitada para la realización de los trabajos necesarios a costa de aquél, si dicho descuido da lugar a que peligre la obra y en todo caso, siempre el contratista está obligado a la conservación de la obra respondiendo de los daños o deterioros que se produzcan durante el plazo de garantía, salvo que como ha reconocido la cláusula general 73 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales en los contratos de obras públicas, se demostrara que aquéllas han venido originadas por el mal uso efectuado en las instalaciones, siendo así que la norma general es que hay una presunción de imputación de defectos al contratista y que sólo éste puede destruir caso de resultar infundada, lo que no efectúa en la cuestión examinada, extrayendo la sentencia recurrida, en el fundamento jurídico sexto, la consecuencia de que no es imputable a la Administración y sí al contratista, la defectuosidad de los materiales utilizados, según se infiere de las pruebas aportadas en el proceso, no susceptibles de valoración en sede casacional.

c) También es de tener en cuenta, en la cuestión examinada, que la responsabilidad del contratista no sólo deriva de esos invocados preceptos, sino también de las previsiones contenidas en los artículos 44 de la Ley de Contratos del Estado y 130 del Reglamento de Contratos del Estado, cuando se advierte responsabilidad por faltas durante el desarrollo de las obras y hasta que tenga lugar la recepción definitiva, es decir, después de la entrega que conlleva la recepción provisional si se manifiestan, como sucede en el presente caso, en el plazo de garantía o se producen como consecuencia del incumplimiento del deber de vigilancia o policía que obliga a la conservación en ese tiempo por parte del contratista, pues dicho deber de conservación está reiterado en el artículo 171 del Reglamento de Contratos del Estado, previéndose, en todo caso, la ejecución por la Administración y a costa del contratista de aquellos trabajos necesarios para evitar el daño que por descuido de éste tiene lugar y que hace que peligre la obra, como sucedió en este caso.

d) Conforme a la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, la sentencia de 30 de marzo de 1998 [ RJ 1998, 3356 ]), en relación con los invocados preceptos por la parte recurrente (arts. 54 y 55 de la Ley de Contratos del Estado, 170 y 173 del Reglamento General de Contratación del Estado), reconoce que los mismos tratan de garantizar los derechos y hacer efectiva la liquidación y pago de las obras que ha de producirse dentro de los plazos previstos, pero, en todo caso, el artículo 170 del Reglamento de Contratación prevé que se den instrucciones precisas al contratista para remediar los defectos, fijándose un plazo para efectuarlo, incluso después de la recepción definitiva. “

Així, d'acord amb la Jurisprudència esmentada, cal afirmar, d'una banda, que la comunicació de la reclamació per les deficiències del bunker, el mes d'abril de 2017, va interrompre efectivament el termini de prescripció de la garantia. I de l'altra, que aquell termini només tornarà a córrer, una vegada que s'hagin posat a disposició de l'Administració tots els elements afectats, la qual cosa comporta, necessàriament, dur a terme els tràmits prevists en els articles 214.3 i 235.3 del TRLCSP, d'acord amb el que s'ha exposat en la contestació a la primera al·legació.

Per tot això, l'al·legació de la recurrent en relació amb la prescripció de la garantia i la seva devolució s'ha de desestimar.

— Al·legació tercera. La recurrent, sol·licita que es revisin els informes tècnics i l'import incautat, ja que, en la seva opinió, dels 20.866, 70 € totals, només li podrien ser atribuïts en tot cas 2.946,93 €, relatius als vicis o defectes que varen afectar al punt B i que varen ser reparats mitjançant el blindatge d'una canaleta.

La recurrent fonament aquesta al·legació en l'informe de la Unitat Tècnica de Protecció Radiològica ACPRO, SL, (en endavant, ACPRO) i en el pressupost desglossat de les dues partides reparades en el búnker, dels quals, afirma, haver tingut coneixement en el moment en què se li va notificar l'inici del procediment d'incautació.

La recurrent exposa que, d'acord amb el que consta en les pàgines 21 a 28 de l'informe de ACPRO, de les dues deficiències que la UTE va reparar, només se la podria considerar responsable de la que afecta al punt B del mur, que és l'únic punt on es varen observar uns nivells de radiació significativament més elevats d'allò esperat per la zona on es troba. Segons aquest informe, l'origen d'aquest major nivell de radiació podria ser un defecte del projecte, el qual va redactar la recurrent. I d'acord amb el pressupost desglossat, aquesta reparació correspon a la partida del blindatge de l'interior del búnker (o punt B), amb un cost de 2.839,36 € (IVA exclòs).

En canvi, la recurrent al·lega que el blindatge exterior del búnker (o punt E), que segons el pressupost va tenir un cost d'11.227,26 € (IVA exclòs), no li correspon. Afirma, que segons l'informe de ACPRO, en aquell punt no es varen detectar nivells de radiacions i que el propi cap del Servei de protecció radiològica de l'Hospital Juaneda Miramar va fer constar en el seu informe que:

Inicialmente no es necesario blindar este lugar, ya que el factor de ocupación es muy pequeño (se trata de un acceso de difícil, sin bancos para sentarse y cercado, de forma que no pueden acceder coches), no obstante ello se decide que se ponga una plancha de 9 cm de acero para rebajar en 1/7 la dosis inicial (...)

Partint d'això, la recurrent sosté que aquesta partida va ser una millora unilateral de les instal·lacions que la UTE va voler executar en el búnker, de la qual, no se la pot fer responsable, ja que no és cap vici en la construcció ni estava previst en el projecte.

Aquesta al·legació s'ha d'estimar parcialment pels motius següents:

Com a conseqüència de la desestimació de l'al·legació anterior, i d'acord amb el que s'ha exposat fins ara, resulta necessari retrotreure el procediment perquè es duguin a terme els tràmits dels articles 214.3 i 235.3 del TRLCSP.

En primer lloc, s'haurà d'incorporar a l'expedient l'informe del Director facultatiu, a qui s'haurà de requerir perquè informi tècnicament sobre la responsabilitat i la quantificació dels danys i perjudicis.

L'informe s'haurà de fer a la vista del projecte, de l'obra executada, dels conceptes i els imports reclamats, i tenint en compte les al·legacions de la recurrent i els informes tècnics que consten en l'expedient en relació amb les deficiències reclamades i reparades en els dos punts controvertits del bunker (punt B i punt E).

En segon lloc, atès l'informe del director facultatiu, l'òrgan de contractació s'haurà de pronunciar sobre la responsabilitat, garantint en tot cas a l'empresa el tràmit d'audiència, i s'haurà de liquidar el contracte i procedir, en conseqüència, si s'escau, a la devolució o cancel·lació de la garantia, o a la seva execució, i al pagament de les obligacions pendents.

En conclusió, s'estima parcialment l'al·legació de la recurrent, ja que en el procediment esmentat que s'ha de tramitar es revisaran els informes tècnics i els imports reclamats.

## Resolc

1. Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa M. Polo, SL, contra la Resolució del director general del Servei de Salut, de 17 de desembre de 2020, en virtut de la qual s'incauta parcialment la garantia definitiva del contracte d'elaboració de projecte i construcció i adequació de l'espai destinat al servei de radioteràpia de l'Hospital General Mateu Orfila, i en conseqüència, anul·lar l'acte impugnat.
2. Ordenar a l'òrgan de contractació a que retrotregui el procediment, per tal de donar compliment als articles 214.3 i 235.3 TRLCSP, i en conseqüència, s'emeti el corresponent informe del director facultatiu, es dicti la resolució que correspongui en relació amb la responsabilitat per danys i perjudicis, i

es liquidi el contracte, procedint, si s'escau, a la devolució o cancel·lació de la garantia, o a la seva execució, i al pagament de les obligacions pendents.

3. Notificar aquesta Resolució a l'empresa M. Polo, SL, i al Servei de Salut de les Illes Balears.

### **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.