



Exp. Junta Consultiva: RES 16/2021

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: resolució de la sol·licitud de suspensió

Resolució de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 16 de desembre de 2021

Atesa la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució del conseller de Medi Ambient i Territori, de data 15 d'octubre de 2021, per la qual s'aprova la liquidació corresponent al 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, que ha presentat COEXA en el recurs especial en matèria de contractació que ha interposat, la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa resol el següent:

Fets

1. La recurrent ha interposat recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució, en virtut de la qual es liquida el contracte corresponent al Lot 4 de les obres a dalt esmentades.

Concretament, d'aquesta liquidació resulta un saldo de - 175,493,89 €, a favor de l'Administració, que la contractista ha de retornar a l'Administració dins el termini i mitjançant el document d'ingrés que li va ser notificat mitjançant l'ofici de la secretària general de 18 d'octubre de 2021.

2. Del recurs que ha presentat l'empresa COEXA se n'han pogut extreure, en resum, les al·legacions següents:

Primera. Vulneració del dret d'audiència de la contractista en relació amb les al·legacions presentades en diverses ocasions abans de la liquidació del contracte.

Segon. Manca de notificació a la contractista de tràmits o actes administratius previs a la liquidació del contracte.

Tercera. Irregularitats o incompliment del règim jurídic aplicable a l'amidament general.

Quarta. Variació del preu aplicat en la liquidació a la partida d'obra corresponent al folrament de pedra de murs, en comparació amb el preu aplicat a la mateixa partida en les certificacions d'obra liquidades i pagades. A més, la recurrent considera que el preu aplicat a aquesta partida en la liquidació està fora de mercat.

Cinquena. Manca de motivació de la Resolució de liquidació.

Per aquests motius, la recurrent considera nul·la o anul·lable la Resolució impugnada.

En l'escrit del recurs, la recurrent també sol·licita la suspensió de l'execució de la Resolució, la qual cosa fonamenta en els arguments següent:

- Manifesta que els perjudicis per la seva empresa són evidents, però que no concreta ni demostra quins són aquests perjudicis.
- Al·lega perjudicis econòmics per l'Administració, que en cas que estimi el recurs haurà d'indemnitzar la seva empresa.
- I també argumenta que els motius del recurs que ha al·legat són causa de nul·litat de la Resolució.

Finalment, també sol·licita la pràctica de proves documentals, amb la finalitat que s'incorporin a l'expedient:

- D'una banda, documents concrets de l'expedient administratiu del contracte que ens ocupa.
- I d'altra banda, documentació relacionada amb l'expedient administratiu CONTR 2017-905, relatiu a neteja, adequació i millora de diversos trams de torrents de les Illes Balears, tramitat pel mateix òrgan de contractació.

3. L'òrgan de contractació ha tramès a la Junta Consultiva (JCCA) part de l'expedient administratiu, ara bé, aquest es troba incomplet, sense foliar ni ordenar i per tant, no compleix els requisits de tramesa de l'expedient administratiu a la Junta Consultiva que exigeix la Circular 1/2021, de 26 de març, aprovada per la Comissió Permanent de 26 de març de 2021.

Tampoc s'ha tramès a la JCCA l'informe tècnic corresponent, el qual resulta imprescindible atesos els motius tècnics que al·lega la recurrent.

L'òrgan de contractació ha tramès un informe jurídic, que el cap del Departament de Gestió Econòmica i Contractació de la Conselleria de Medi Ambient i Territori ha emès el 9 de desembre de 2020, el qual s'oposa al recurs i a la sol·licitud de suspensió.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució del conseller de Medi Ambient i Territori, de data 15 d'octubre de 2021, per la qual s'aprova la liquidació corresponent al 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, 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.

La competència de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa per resoldre el recurs especial en matèria de contractació comprèn també la facultat de suspendre l'execució de l'acte impugnat i, si n'és el cas, l'adopció de mesures cautelars. Aquesta facultat correspon a la secretària de la Junta Consultiva de Contractació

Administrativa, per delegació de la Comissió Permanent, que es va acordar el 27 de setembre de 2019.

2. A les sol·licituds de suspensió dels actes administratius en seu del recurs especial en matèria de contractació de l'article 66 de la LRJ-CAIB, els és d'aplicació el règim jurídic previst en l'article 117 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPAC), que disposa el següent:

1. La interposició de qualsevol recurs, excepte en els casos en què una disposició estableixi el contrari, no suspèn l'execució de l'acte impugnat.
2. No obstant el que disposa l'apartat anterior, l'òrgan a qui competeix resoldre el recurs, amb la ponderació prèvia, suficientment raonada, entre el perjudici que causaria a l'interès públic o a tercers la suspensió i l'ocasionat al recurrent com a conseqüència de l'eficàcia immediata de l'acte recorregut, pot suspendre, d'ofici o a sol·licitud del recurrent, l'execució de l'acte impugnat quan concorrin alguna de les circumstàncies següents:
 - a) Que l'execució pugui causar perjudicis de reparació impossible o difícil.
 - b) Que la impugnació es fonamenti en alguna de les causes de nul·litat de ple dret que preveu l'article 47.1 d'aquesta Llei.

Així, d'acord amb aquest règim jurídic, els actes administratius són immediatament executius i només es poden suspendre, realitzant una anàlisi detallada de la concurrència de les circumstàncies previstes en l'art 117.2 de la LPAC. En conseqüència, l'adopció de mesures cautelars té caràcter excepcional.

Entrant en els motius concrets que al·lega la recurrent per sol·licitar la suspensió, cal dir el següent:

- D'una banda, manifesta perjudicis per la seva empresa que en la seva opinió són evidents, però que no concreta ni demostra quins són.

Quan s'al·leguen perjudicis, que han de ser de difícil o impossible reparació, el TS manté que tal consideració s'ha de prendre sobre la base de la justificació que ofereixi el recurrent en el moment de sol·licitar la suspensió. Per tant, el deure d'acreditar la concurrència dels perjudicis correspon al recurrent, i la mera al·legació, sense concreció ni prova, no permet considerar provat que l'execució de l'acte impugnat li causi perjudicis, ni que aquests siguin difícils o impossibles de reparar.

En aquest sentit cal esmentar, entre d'altres, les Sentències del TS de 27 de març de 2014, de 18 d'abril de 2016, de 30 de gener de 2008 o 20 de desembre de 2007). En aquesta darrera (RJ 1998/3216), el Tribunal Suprem és especialment clar al considerar el següent:

No basta, por otra parte, que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente caso de no acordarse, siendo necesario según reiterada doctrina de esta Sala que se aporte al menos un principio de prueba de la sobreveniencia de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión.

— D'altra banda, la recurrent al·lega perjudicis econòmics per l'Administració, que en cas que estimi el recurs haurà d'indemnitzar la seva empresa.

La jurisprudència considera que els actes de contingut econòmic no causen perjudicis que siguin difícils o impossibles de reparar. Així ho ha manifestat el Tribunal Suprem, entre d'altres, en la Sentència de 16 de maig de 2000, en la qual manifesta que:

Como ya tiene reiterado esta Sala, el contenido económico del acto administrativo, cuando éste no ostenta un carácter desorbitado, no puede reputarse perjuicio de difícil o imposible reparación, base necesaria e imprescindible para acordar la suspensión, porque la Administración es por su propia naturaleza y normal funcionamiento una entidad responsable y solvente en grado máximo, y por tanto, ante la posible existencia de perjuicios derivados de la ejecución inmediata del acto administrativo que posteriormente fuere anulado en vía jurisdiccional, no puede ofrecer ni ofrece dificultades la adecuada y fácil reparación de los mismos.

A més, d'acord amb l'informe jurídic del cap del Departament de Gestió Econòmica i Contractació de la Conselleria, que compartim:

En quant a la suspensió de l'executivitat de l'acte impugnat que sol·licita el recurrent es considera que l'acte impugnat es un acte de contingut merament econòmic i que són reparables *"máxime en contemplación de la solvencia de la Administración"* i que en cas de estimació del recurs es procedirà, si correspon a la devolució de la quantia total o la que correspongui de la liquidació més els interessos de demora.

— Finalment, la recurrent al·lega la concurrència de causes de nul·litat.

Quan s'al·lega la concurrència de causes de nul·litat, el TS exigeix, perquè es pugui acordar la suspensió sol·licitada, que la nul·litat sigui evident o manifesta, de tal manera que s'aprecii, almenys amb caràcter indiciari, que existeix una clara causa de nul·litat.

En aquest sentit, cal esmentar entre d'altres la Sentència del TS de 23 de març de 2001 (RJ 2001/3004), que va indicar que:

No resulta suficiente, por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho solo puede admitirse en casos en los que la pretensión del recurrente aparezca justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.

Per tant, en el moment d'analitzar la causa de nul·litat al·legada, s'ha de tenir en compte el criteri jurisprudencial restrictiu en l'apreciació de causes de nul·litat dels actes administratius en el moment de l'adopció de mesures cautelars, establert entre d'altres en la Sentència del TS de 18 de maig de 2004 (RJ 2004/4409), en la qual consta que:

[...] es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la que precisa que la pieza de suspensión o el incidente de medidas cautelares no es el cauce o momento procesal oportuno para resolver la cuestión de fondo, ni por tanto para hacer valoraciones que sean propias del fondo del asunto, pues ello sería tanto como desvirtuar su propia naturaleza y contenido, y el resolver la cuestión de fondo sin trámite de demanda, de prueba y de conclusiones, esto es, sin las garantías y trámites que al efecto ha establecido el Legislador.

En aquest mateix sentit es pronuncia també el cap del Departament de Gestió Econòmica i Contractació de la Conselleria en el seu informe jurídic. I atès l'expedient administratiu tramès fins ara, no resulta adequat resoldre la qüestió de fons, màxim quan tampoc es disposa dels elements de judici necessaris.

Resolc

1. Desestimar la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució del conseller de Medi Ambient i Territori, de data 15 d'octubre de 2021, per la qual s'aprova la liquidació corresponent al 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.
2. Notificar aquesta Resolució a l'empresa COEXA i a l'òrgan de contractació.

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