



DICTAMEN 139/2020

Resolució del contracte subscrit per l'Ajuntament de Malgrat de Mar amb l'empresa Rogasa, SAU, per a l'execució de les obres incloses al projecte d'ordenació i rehabilitació del passeig Marítim, entre la plaça de l'Àncora i l'avinguda de Colom

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 14 de maig de 2020, amb la presidència del Sr. Albert Lamarca i Marquès, actuant com a secretària la Sra. Cristina Figueras i Bosch, amb la participació de les Sres. i els Srs. Maria Mercè Darnaculleta i Gardella, Marta Franch i Saguer, Alfredo Galán Galán, Francesc Homs i Molist, Carles Mundó i Blanch, Joan Pagès i Galtés, Eva Pons i Parera, Sonia Ramos i González, Lluís Saura i Lluvià, Joan Manuel Trayter i Jiménez, i Antoni Vaquer i Aloy, i essent-ne ponent el Sr. Marc Marsal i Ferret, ha aprovat el Dictamen següent:

ANTECEDENTS DE FET

1. El 20 de desembre de 2018, el Ple de l'Ajuntament de Malgrat de Mar va adjudicar el contracte administratiu d'execució de les obres incloses al projecte d'ordenació i rehabilitació del passeig Marítim, entre la plaça de l'Àncora i l'avinguda de Colom, a l'empresa Rogasa Construcciones y Contratas, SAU, per un import de 6.795.121,23 euros (IVA inclòs). Es va establir que el contracte s'executaria en dues fases, per a no interferir en la temporada turística: la primera fase començaria a partir de l'acta de comprovació del replanteig, i la segona fase, a partir del 21 d'octubre de 2019.

2. El 8 de gener de 2019, la Junta de Govern Local va adjudicar la direcció facultativa i la coordinació de la seguretat i la salut de les obres a la Unió Temporal d'Empreses (UTE) Geipo SP-Masterplan, SL.
3. El 21 de gener de 2019, es va signar el contracte entre l'Ajuntament i Rogasa Construcciones y Contratas, SAU.
4. El 30 de gener de 2019, es va signar el contracte entre l'Ajuntament i l'UTE Geipo SP-Masterplan, SL.
5. El 30 de gener de 2019, es va signar l'acta de comprovació del replanteig de les obres, sense cap reserva, per la qual cosa la data contractual de finalització de les obres de la primera fase seria el 20 de juny de 2019.
6. El 8 d'agost de 2019, la Junta de Govern Local va aprovar l'ampliació del termini d'execució de la primera fase de les obres.
7. El 9 d'agost de 2019, es va emetre l'acta d'ocupació i posada en servei de la primera fase.
8. El 27 de setembre de 2019, la direcció de les obres va informar sobre la necessitat de modificar el contracte i justificar els preus contradictoris que suposaven un increment del 19,33 % per al conjunt d'ambdues fases.
9. Mitjançant el Decret d'alcaldia 2019/2634, de 14 d'octubre, es va atorgar un termini d'audiència de deu dies al contractista, en relació amb la proposta de modificació del contracte, així com un termini d'audiència de cinc dies a l'empresa redactora del projecte, Philae Enginyeria de Projectes, SL. També es

va acordar requerir a Rogasa, SAU, una planificació dels treballs pendents de la fase primera i no iniciar la fase segona mentre no s'acordés la modificació contractual.

10. El 22 d'octubre de 2019, Rogasa, SAU, va presentar un escrit d'al·legacions, en què estava d'acord amb la modificació contractual, però considerava que aquesta implicava uns excessos d'amidaments que no podia assumir i que els preus de la modificació havien de ser els proposats per la direcció de les obres i no per l'Ajuntament.

11. El 6 de novembre de 2019, els serveis tècnics municipals van emetre un informe en què consideraven procedent desestimar les al·legacions del contractista, excepte la consistent en un error en el càlcul dels excessos d'amidaments, l'import correcte dels quals era de 196.228,53 euros, així com la referència a alguns preus contradictoris.

12. El 7 de novembre de 2019, la Junta de Govern Local, per delegació del Ple, va desestimar les al·legacions presentades, en el sentit de l'informe dels serveis tècnics municipals, i va aprovar la modificació, que suposava un increment del 2,61 % sobre el preu del contracte, 177.352,66 euros (IVA inclòs).

13. El 4 de desembre de 2019, Rogasa, SAU, va presentar un recurs de reposició contra l'Acord de la Junta de Govern Local de 7 de novembre de 2019, en què al·legava que l'acord era nul de ple dret perquè la competència corresponia al Ple; com a òrgan de contractació, també demanava l'aprovació de preus contradictoris de l'obra executada realment en els termes proposats per la direcció de l'obra, per tal d'evitar l'enriquiment injust de l'Ajuntament, sense perjudici de modificar el projecte definitiu per a continuar les obres, i, finalment,

demanava incoar un procediment de resolució del contracte per la causa 211.1.g) 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 (LCSP), així com suspendre l'execució de les obres.

14. El 16 de desembre de 2019, el Ple de l'Ajuntament va ratificar l'Acord de la Junta de Govern Local de 7 de novembre de 2019, va avocar la competència per a resoldre el recurs de reposició i el va desestimar, i va acordar incoar el procediment per a la resolució del contracte, per la causa prevista en l'article 211.1.h) en relació amb l'article 242.2 de l'LCSP (no acceptació per part del contractista dels preus fixats per l'òrgan de contractació). Així mateix, va acordar atorgar un termini de deu dies d'audiència al contractista, a l'entitat avaladora i a la direcció de les obres, així com demanar el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, en el cas que el contractista s'oposés a la resolució del contracte.

15. El 23 de desembre de 2019, el contractista va presentar un escrit d'al·legacions, en què s'oposava a la resolució del contracte per la causa de l'article 211.1.h) en relació amb l'article 242.2 de l'LCSP i demanava que es resolgués per la causa de l'article 211.1.g) i que se l'indemnitzés per l'obra realment executada i el material apilat a peu d'obra, pel 3 % de l'import de la prestació pendent de realitzar i pels danys i perjudicis causats per l'incompliment del contracte i la suspensió de les obres.

16. El 5 de febrer de 2020, es va aixecar l'acta de comprovació de l'obra.

17. El 20 de febrer de 2020, els serveis tècnics municipals van emetre un informe de conformitat amb la liquidació presentada per la direcció de l'obra.

18. El 20 de febrer de 2020, els serveis tècnics municipals van emetre un informe sobre les al·legacions del contractista, en què assenyalaven que la modificació responia a les exigències de l'article 205 de l'LCSP i no suposava una modificació substancial del contracte, i que les partides subjectes a variació (noves i no executades) eren en la major part per a fer les mateixes obres amb procediments o mitjans diferents.

19. El 20 de febrer de 2020, el secretari general i l'interventor municipal van proposar declarar la resolució del contracte, per la causa prevista en l'article 211.1.h) en relació amb l'article 242.2 de l'LCSP; aprovar la liquidació de les obres; considerar que no esqueia la confiscació de la garantia dipositada; demanar el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, i suspendre el procediment per aquest motiu.

20. El 20 de febrer de 2020, el Ple de l'Ajuntament va acordar sol·licitar el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora i suspendre el termini de resolució fins que la Comissió no n'emetés el dictamen o no transcorregués el termini per a emetre'l.

21. El 28 de febrer de 2020, l'alcalde va signar la petició de dictamen a la Comissió Jurídica Assessora.

22. El 2 de març de 2020, va entrar al Departament de la Presidència la petició de dictamen de l'Ajuntament de Malgrat de Mar, juntament amb l'expedient del procediment instruït.

23. El 3 de març de 2020, la Sub-direcció General d'Assistència Jurídica i d'Innovació a l'Administració Local, de la Direcció General d'Administració Local, del Departament de la Presidència, va enviar a l'Ajuntament un requeriment de documentació necessària per a completar l'expedient.

24. L'11 de març de 2020, l'Ajuntament va trametre al Departament de la Presidència la documentació que mancava en l'expedient.

25. El 13 de març de 2020, la Sub-direcció General d'Assistència Jurídica i d'Innovació a l'Administració Local va emetre un informe favorable a la tramesa de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.

26. El 13 de març de 2020, va entrar a la Comissió Jurídica Assessora la petició de dictamen tramesa pel secretari d'Administracions Locals i de Relacions amb l'Aran, per delegació, d'acord amb la Resolució PRE/1384/2019, de 21 de maig, de delegació de competències de la persona titular del Departament de la Presidència (DOGC núm. 7882, de 24 de maig). A la petició, s'adjuntava una còpia de l'expedient administratiu.

27. En la sessió de 24 de març de 2020, el Ple de la Comissió Jurídica Assessora va admetre a tràmit la petició referida i en va nomenar ponent.

FONAMENTS JURÍDICS

I. Objecte del Dictamen

Constitueix l'objecte del present Dictamen la resolució del contracte subscrit per l'Ajuntament de Malgrat de Mar amb l'empresa Rogasa, SAU, per a l'execució de les obres incloses al projecte d'ordenació i rehabilitació del passeig Marítim, entre la plaça de l'Àncora i l'avinguda de Colom.

L'Ajuntament considera que ha de resoldre el contracte a causa de la no acceptació per part del contractista dels preus fixats per l'òrgan de contractació, arran d'una modificació contractual, i, per tant, la causa de resolució invocada és la prevista en la lletra h) de l'apartat 1 de l'article 211 de l'LCSP en relació amb l'article 242.2 de l'LCSP.

Per contra, el contractista s'oposa a la resolució contractual per la causa invocada per l'Ajuntament i considera que és procedent la resolució perquè es dona la causa prevista en la lletra g) de l'apartat 1 de l'article 211 de l'LCSP.

II. Intervenció de la Comissió Jurídica Assessora

L'article 8.3.e) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, reguladora de la Comissió Jurídica Assessora, estableix el dictamen preceptiu d'aquest òrgan consultiu, en relació amb les resolucions de contractes, quan així ho prevegi la normativa de contractació administrativa.

Així, l'article 191.3.a) de l'LCSP disposa que, per a l'exercici de la prerrogativa de resolució de contractes, és necessària la intervenció preceptiva de l'òrgan consultiu quan hi ha oposició del contractista.

D'una manera anàloga, es conté una exigència d'aquestes característiques en l'article 109.1.d) del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RGLCAP), aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, que encara està vigent.

En el cas que s'examina, es dona aquesta oposició del contractista, atès que el 23 de desembre de 2019 va presentar un escrit en què expressament s'oposava a la resolució del contracte per la causa al·legada per l'Ajuntament, per bé que no s'oposava a la resolució per una altra causa.

III. Normativa aplicable

Per a poder determinar la normativa aplicable, tal com ha recordat retiradament aquest òrgan consultiu (per tots, el Dictamen 210/2019), s'ha de diferenciar entre la regulació del procediment de resolució contractual i la que resulta aplicable als aspectes substantius relatius als efectes, el compliment i l'extinció del contracte.

El contracte es va adjudicar el 20 de desembre de 2018. Per tant, el règim jurídic del contracte és el que preveuen l'LCSP i l'RGLCAP, així com el Reial decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desplega parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

Pel que fa als aspectes de procediment, la Comissió ha dictaminat reiteradament (per tots, el mencionat Dictamen 210/2019) que el procediment de resolució contractual s'ha de regir per la legislació vigent a l'inici d'aquest. Atès que el procediment es va iniciar mitjançant l'Acord de 16 de desembre de 2019 del Ple municipal, cal aplicar l'LCSP i, supletòriament, d'acord amb la disposició final quarta d'aquesta norma, la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC), i la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment administratiu de les administracions públiques de Catalunya.

IV. Aspectes formals i de procediment

Pel que fa als aspectes formals, escau indicar que l'expedient està ordenat cronològicament i adjunta un índex numerat de tots els documents que conté (art. 46.2 de la Llei 26/2010 i 70 de l'LPAC) i s'hi ha incorporat l'acreditació de les notificacions efectuades (art. 56.2 de la Llei 26/2010 i 41.1.b), segon paràgraf, de l'LPAC). S'observa també l'autenticació de tots els documents que hi conté (art. 70 de l'LPAC).

1. Requisits temporals

L'article 212.8 de l'LCSP estableix un termini de vuit mesos per a instruir i resoldre els procediments de resolució contractual. I l'article 21.3.a) de l'LPAC indica que, en els procediments iniciats d'ofici, el termini s'ha de comptar des de la data de l'acord d'iniciació. Així, el procediment es va iniciar, com s'ha dit, mitjançant l'Acord de 16 de desembre de 2019 del Ple municipal.

Posteriorment, en data 20 de febrer de 2020, l'òrgan col·legiat esmentat va acordar sol·licitar el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora i suspendre el termini de resolució del procediment fins que la Comissió no n'emetés el dictamen o no transcorregués el termini per emetre'l. En aquest sentit, l'article 11 de la Llei 5/2005 estableix que l'òrgan que tramita el procediment, si el dictamen té caràcter preceptiu –com és el cas de la resolució contractual– i és determinant per a resoldre el procediment, pot suspendre el termini de resolució fins que la Comissió Jurídica Assessora no n'emeti el dictamen o fins que no hagi transcorregut el termini per a emetre'l. Així mateix, l'article 22.1.d) de l'LPAC estableix que el termini es pot suspendre durant el temps que transcorri entre la petició, que s'ha de comunicar a les persones interessades, i la recepció del dictamen, que també se'ls ha de comunicar. Aquest termini de suspensió no pot excedir en cap cas els tres mesos. Per tant, el termini per a resoldre es va suspendre en data 2 de març de 2020, quan va entrar la petició de dictamen al Departament de la Presidència. No consta en l'expedient que aquesta petició es notifiqués a les persones interessades –requisit necessari per a l'efectivitat de la suspensió–, si bé hi consta que se'ls va notificar l'Acord de 20 de febrer de 2020.

Atenent la circumstància que des de la incoació del procediment no han transcorregut els vuit mesos de termini establerts en la llei per a instruir-lo i resoldre'l, es constata que el procediment no ha caducat.

Tanmateix, cal tenir en compte que és aplicable al present procediment la disposició addicional tercera, sobre suspensió de terminis administratius, del Reial decret 463/2020, de 14 de març, pel qual es declara l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19, publicat al *Butlletí Oficial de l'Estat* de 14 de març de 2020, la qual preveu que se suspene

termes i s'interrompen els terminis per a la tramitació dels procediments de les entitats del sector públic.

2. Competència per a incoar i resoldre el procediment

Pel que fa a la competència per a la incoació, l'LCSP, com també succeïa amb la normativa anterior, no determina expressament l'òrgan competent per a incoar el procediment de resolució del contracte.

La Comissió ha reiterat (per tots, el citat Dictamen 210/2019) que “davant la manca d'indicació legal expressa cal entendre que la competència correspon al mateix òrgan que la té atribuïda per a resoldre el contracte”, és a dir, l'òrgan de contractació.

Efectivament, l'article 212.1 de l'LCSP disposa que la competència per a resoldre el procediment correspon a l'òrgan de contractació.

En el cas de les entitats locals, la disposició addicional segona, segon apartat, de l'LCSP atribueix al Ple municipal les competències com a òrgan de contractació respecte de diversos tipus de contractes, entre els quals hi ha els d'obres, “quan pel seu valor o durada no corresponguin a l'alcalde o president de l'entitat local, d'acord amb l'apartat anterior”. Així, d'acord amb l'apartat primer d'aquesta disposició addicional segona, aquestes competències com a òrgan de contractació no corresponen a l'Alcaldia perquè l'import del contracte és superior a 6.000.000 d'euros.

De tota manera, de l'expedient i, en concret, de la resolució d'incoació es desprèn l'existència d'una delegació de competències del Ple de l'Ajuntament en

la Junta de Govern Local, de 4 de juliol de 2019, de totes les facultats en matèria de contractació en relació amb, entre d'altres, els contractes d'obres de quantia superior a 6.000.000 d'euros. Aquesta referència a la delegació de competències es va fer en resposta a l'al·legació formulada pel contractista que aquest òrgan no era competent per a aprovar la modificació contractual, sinó que corresponia al Ple.

Cal dilucidar, doncs, si aquesta delegació de competències incloïa o no l'exercici de la potestat de resolució contractual i, en concret, la competència per a incoar el procediment de resolució contractual esmentat.

Aquesta delegació de competències es va publicar al *Butlletí Oficial de la Província de Barcelona* (BOPB) de 17 de juliol de 2019 (pàgines 7 i 8 de l'Edicte publicat per l'Ajuntament de Malgrat de Mar), en els termes següents:

“7. Delegació de certes atribucions del Ple de l'Ajuntament a favor de la Junta de Govern Local i del Ple de l'Ajuntament a favor de l'Alcaldia.

– En matèria de CONTRACTACIÓ i PATRIMONI

a) Les contractacions d'obres, subministraments, serveis, gestió de serveis públics, contractes especials i els privats l'import dels quals superi el 10 % dels recursos ordinaris del pressupost i, en qualsevol cas, la quantia de sis milions d'euros, inclosos els de caràcter plurianual, quan la seva durada sigui superior a quatre anys.

b) L'adjudicació de les concessions sobre els béns municipals i l'adquisició de béns immobles i drets subjectes a la legislació patrimonial, quan el seu valor superi el 10 % dels recursos ordinaris del pressupost o l'import de tres milions d'euros, així com l'alienació de patrimoni quan el seu valor superi el percentatge i la quantia indicats.

La delegació es refereix a totes les facultats de contractació.

S'exceptuen les concessions de béns, de serveis i d'obra pública per més de cinc anys, quan la seva quantia superi el 20 % dels recursos ordinaris del pressupost, així com l'alienació de béns, quan la seva quantia superi l'indicat percentatge, casos en què la competència correspondrà al Ple.

c) L'aprovació dels projectes d'obres i serveis quan en virtut de les anteriors atribucions sia competent per a la seva contractació o concessió, i quan encara no estiguin previstos en el Pressupost.

d) D'acord amb l'art. 274.3 TRLMC, aquest acord té la consideració d'acte general i, respecte del procediment negociat, es fixa la quantia màxima de la delegació en el límit normativament establert per a aquest procediment.

e) Aprovar modificacions contractuals d'acord amb la de l'LCSP, que no superin, *per se* o de forma acumulada, el 10 % del preu del contracte.

f) Aprovar modificacions contractuals consistents en revisió de preus dels contractes adjudicats pel Ple, d'acord amb els plecs de condicions del contracte.”

En els termes expressats, cal concloure que la delegació esmentada fa estrictament referència al procediment de contractació –i totes les facultats relatives a aquest–, però no a totes les competències que s'exerceixen amb fonament en la legislació de contractació pública durant tota la vida del contracte, ja que, quan, per exemple, es vol delegar la competència d'aprovar modificacions contractuals o revisions de preus, es fa d'una manera expressa. Per tant, aquesta Comissió Jurídica Assessora considera que la competència del Ple en matèria de resolució contractual no havia estat delegada per l'Acord de 4 de juliol de 2019 publicat al BOPB el 17 de juliol següent.

Així mateix, cal recordar també que l'adjudicació del contracte va ser prèvia a l'acord de delegació de competències esmentat i va ser acordada pel Ple de l'Ajuntament, que va ser l'òrgan de contractació en aquest contracte.

Per tant, l'òrgan de contractació va ser el Ple de l'Ajuntament i la competència per a acordar la incoació del procediment de resolució contractual i resoldre'l no ha estat delegada, per la qual cosa l'acord d'incoació del procediment de resolució contractual ha estat adoptat per l'òrgan competent.

3. El procediment de resolució contractual

L'article 212.1 esmentat de l'LCSP disposa que la resolució del contracte l'ha d'acordar l'òrgan de contractació, “seguint el procediment que les normes de desplegament d'aquesta Llei estableixi”. En aquest sentit, la disposició final vuitena conté l'habilitació per a desplegar reglamentàriament el text legal, en establir que “el Govern, en l'àmbit de les seves competències, pot dictar totes les disposicions que siguin necessàries per desplegar i aplicar el que estableix aquesta Llei”.

Davant la manca de desplegament reglamentari de l'LCSP, cal entendre que la remissió continguda en l'article 212.1 es fa a l'encara vigent RGLCAP, en concret, a l'article 109, intitulat "Procediment per a la resolució dels contractes".

Es constata que el procediment instruït ha seguit els tràmits previstos en aquest article 109 de l'RGLCAP, que disposa que cal donar audiència al contractista durant un termini de deu dies naturals, en els casos en què la proposta hagi estat d'ofici, i també, i pel mateix termini, a l'avalador o assegurador, si es proposa confiscar la garantia; i sol·licitar l'informe dels serveis jurídics, tret dels supòsits previstos en els articles 41 i 96, i el dictamen del Consell d'Estat o òrgan consultiu equivalent de la comunitat autònoma, quan es formuli oposició del contractista.

Amb l'informe previ conjunt del secretari i de l'interventor municipals sobre la legislació i el procediment a seguir per a la resolució contractual, es va incoar el procediment per un acord del Ple, en el qual també es va acordar l'audiència a l'entitat avaladora, a la direcció d'obres i a l'empresa contractista per un termini de deu dies naturals.

L'acord d'incoació també va disposar la petició de dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, en el cas que hi hagués oposició del contractista, com així va ser.

La direcció d'obres i l'empresa contractista van presentar sengles escrits d'al·legacions; aquesta darrera es va oposar a la resolució del contracte per la causa assenyalada per l'Ajuntament, va manifestar conformitat a la resolució per una causa diferent i va demanar que la indemnitzessin.

L'escrit d'al·legacions de la contractista es va analitzar en un informe dels serveis tècnics municipals. Posteriorment, el secretari i l'interventor van signar conjuntament una proposta de resolució del contracte.

El Ple de l'Ajuntament va acordar sol·licitar el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora i suspendre el termini de resolució per aquest motiu.

S'ha incorporat a l'expedient l'informe favorable de la Sub-direcció General d'Assistència Jurídica i d'Innovació a l'Administració Local sobre la tramesa de l'expedient a la Comissió i, finalment, s'ha tramès tot l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora perquè n'emeti el dictamen preceptiu.

V. Consideracions sobre el fons de la qüestió

1. El supòsit de fet

El 20 de desembre de 2018, l'Ajuntament va adjudicar les obres incloses en el projecte d'ordenació i rehabilitació del passeig Marítim, entre la plaça de l'Àncora i l'avinguda de Colom, a l'empresa Rogasa. Es va establir que el contracte s'executaria en dues fases, per a no interferir en la temporada turística. La primera fase va començar el 30 de gener de 2019, quan es va signar l'acta de comprovació del replanteig de les obres, i havia de finalitzar el 20 de juny de 2019. La segona fase començaria a partir del 21 d'octubre de 2019.

El 8 de gener de 2019, es va adjudicar la direcció de les obres a l'UTE Geipo SP-Masterplan, SL.

El 8 d'agost de 2019, la Junta de Govern Local va acordar ampliar el termini d'execució de la primera fase i, el 9 d'agost següent, es va emetre l'acta d'ocupació i posada en servei d'aquesta fase.

El 27 de setembre de 2019, la direcció de les obres va emetre un informe sobre la necessitat de modificar el contracte i d'incloure preus nous fixats contradictòriament. Es proposava la modificació recollint les variacions en el decurs de l'obra, que suposaven la supressió d'algunes partides d'obra i la introducció de noves partides.

En un breu resum, la realització d'algunes de les obres de forma diferent a la prevista i les modificacions d'unitats d'obra acordades s'expliquen perquè, atès que es tractava d'una obra en un passeig marítim on conflueixen diversos serveis de gestors d'infraestructures (clavegueram, aigua potable, vies de ferrocarril, entre d'altres) i era necessari també plantejar correctament la senyalització horitzontal, es van fer necessàries alteracions respecte del projecte inicialment previst –que a manca de determinada informació no podia tenir el grau de precisió necessari– que només es van fer evidents un cop contrastada la solució tècnica proposada al projecte amb la realitat física.

El 14 d'octubre de 2019, els serveis tècnics municipals van emetre un informe en què justificaven que la modificació proposada no suposava una modificació substancial del contracte i complia els requisits de l'article 205 de l'LCSP; així mateix, van establir una relació de preus nous, la qual no comprenia la totalitat de partides incloses en l'informe de la direcció de les obres. A més, van assenyalar que l'oferta de l'adjudicatari incloïa el compromís d'assumir fins a un 10 % del pressupost d'adjudicació pels excessos d'amidaments que es produïssin durant

l'execució de les obres, exclusivament en el nombre d'unitats realment executades respecte de les previstes en el projecte.

El 22 d'octubre de 2019, el contractista va formular al·legacions a la proposta de modificació. Estava d'acord a modificar el contracte, però considerava que no podia assumir l'excés d'amidaments perquè no responien a inexactituds del projecte, sinó que suposaven la introducció de noves partides que s'havien d'incloure en la modificació, d'acord amb l'informe de la direcció de les obres, sense que l'Ajuntament justificés per què no admetia les partides noves proposades per la direcció de les obres.

El 6 de novembre de 2019, els serveis tècnics municipals van emetre un informe en què consideraven procedent desestimar les al·legacions del contractista, excepte la consistent en un error en el càlcul dels excessos d'amidaments, l'import correcte dels quals era de 196.228,53 euros, així com la referència a alguns preus contradictoris.

El 7 de novembre de 2019, la Junta de Govern Local, per delegació del Ple, va desestimar les al·legacions presentades, en el sentit de l'informe dels serveis tècnics municipals, i va aprovar la modificació, que suposava un increment del 2,61 % sobre el preu del contracte, 177.352,66 euros (IVA inclòs).

El 4 de desembre de 2019, el contractista es va oposar als preus aprovats per l'Ajuntament i va demanar incoar un procediment de resolució del contracte per la causa de l'article 211.1.g) de l'LCSP.

El 16 de desembre de 2019, l'Ajuntament va acordar incoar el procediment per a la resolució del contracte, per la causa prevista en l'article 211.1.h) en relació

amb l'article 242.2 de l'LCSP (no acceptació per part del contractista dels preus fixats per l'òrgan de contractació).

2. La posició de l'empresa contractista

La direcció de les obres va proposar unes modificacions que augmentaven el preu d'adjudicació del contracte –5.615.802,67 euros, IVA exclòs– a 6.701.594,28 euros, un 19,33 %. L'Ajuntament, però, va aprovar una modificació del contracte que elevava el preu a 5.762.401,47 euros, només un 2,61 %. La suma dels preus contradictoris al preu d'adjudicació resultava en un total de 5.958.630 euros, però l'Ajuntament va descomptar 196.228,53 euros per diferència d'amidaments, que considerava que havien de ser a càrrec del contractista. El contractista considera que en la modificació del contracte no es pot deduir cap quantitat per diferència d'amidaments.

Atès que la diferència entre el preu global proposat per la direcció de les obres, que la contractista havia assumit, i el fixat per l'Ajuntament és de 939.192,81 euros, un 16,30 %, la contractista no va acceptar la modificació, perquè no mantenia l'equilibri de la prestació i va demanar la resolució del contracte per la causa de l'article 211.1.g) de l'LCSP.

Considera que s'ha modificat substancialment el projecte adjudicat i que s'ha de rectificar, d'acord amb l'article 242.4 de l'LCSP, i que no es respecta l'equivalència de les prestacions, per la qual cosa s'altera l'equilibri del contracte.

D'altra banda, la contractista assenyala que cal tenir en compte el caràcter restrictiu de les modificacions del contracte. Considera que la modificació aprovada no es fonamenta en cap dels supòsits previstos en l'article 205 de l'LCSP: no és necessari afegir obres a les inicialment contractades, la modificació no deriva de circumstàncies sobrevingudes i imprevisibles, i la modificació és substancial. Segons la direcció de les obres, la inclusió de preus nous afecta el 48,91 % del pressupost adjudicat i el contractista deixa de fer partides previstes en un 29,57 %. Segons l'Ajuntament, aquests percentatges són del 33,73 % i el 27,63 %, respectivament.

En relació amb els efectes de la resolució del contracte, la contractista considera que té els drets següents: el cobrament de l'obra realment executada i el material apilat a peu d'obra per a evitar l'enriquiment injust de l'Ajuntament; la indemnització del 3 % de l'import de l'obra pendent de realitzar, d'acord amb l'article 213.4 de l'LCSP, i la indemnització pels danys i perjudicis causats per l'incompliment del contracte i la suspensió de les obres, d'acord amb els articles 208 i 213.2 de l'LCSP.

3. La posició de l'Ajuntament

El consistori considera que la modificació del contracte és possible, atès que els informes tècnics assenyalen reiteradament que es compleixen els requisits de l'article 205 de l'LCSP. D'altra banda, com que la modificació consisteix a introduir unitats d'obra no previstes al projecte i la contractista no accepta els preus fixats per l'òrgan de contractació, l'Ajuntament pot optar per resoldre el contracte, d'acord amb l'article 242.2 de l'LCSP. Així, cal resoldre el contracte per la causa establerta en aquest article, per remissió de l'article 211.1.h), el qual

disposa com a causa de resolució “les que aquesta Llei assenyali específicament per a cada categoria de contracte”.

L'article 242.2 de l'LCSP permet unes altres dues opcions, a banda de resoldre el contracte, que van ser descartades per l'informe tècnic de 14 de desembre de 2019. La primera opció, contractar les unitats d'obra amb un altre empresari, no és viable perquè les unitats d'obra per a les quals es van aprovar preus nous no es poden destriar de la resta d'unitats que hauria d'executar el contractista originari, i seria molt difícil l'actuació simultània de dos contractistes; a més que moltes d'aquestes unitats d'obra ja estan executades. La segona opció, l'execució de les unitats d'obra directament per l'Administració, no és viable perquè no disposa dels recursos humans i materials necessaris.

En conseqüència, no escau indemnitzar el contractista pel 3 % de l'obra pendent d'executar, d'acord amb l'article 213.4 de l'LCSP, atès que aquest article s'aplica quan la causa de resolució és l'establerta en l'article 211.1.g) de l'LCSP.

Respecte del dret a cobrar l'obra realment executada i el material apilat a peu d'obra, s'han executat unitats d'obra noves sense disposar de l'aprovació de l'òrgan de contractació, que han portat a fixar preus nous, quantificades en 743.627,19 euros. La direcció de les obres ho justifica assenyalant que “aquestes modificacions es produeixen en un moment crític en el qual aturar l'obra per a discutir-ne prèviament el preu amb el contractista hauria produït un dany irreparable a la vida econòmica del front marítim, deixant tot el passeig empantanat durant tot l'estiu”. Rogasa fonamenta la petició en la doctrina jurisprudencial de l'enriquiment injust. Si bé l'Ajuntament hi contraposa la jurisprudència que assenjala que no es poden executar unitats d'obra no previstes sense la tramitació de la modificació contractual i l'aprovació de l'òrgan de

contractació, considera que, en qualsevol cas, el dret de Rogasa s'ha de determinar d'acord amb els preus contradictoris establerts. Així, l'Ajuntament va demanar, per l'Acord de la Junta de Govern Local de 12 de desembre de 2019, el certificat de l'estat actual de les obres i la seva liquidació econòmica. I els serveis tècnics municipals van considerar, en l'informe de 20 de febrer de 2020, que la liquidació presentada per la direcció de les obres era correcta i que l'import de les obres executades era d'1.714.756,69 euros (IVA exclòs), i l'import de les partides pendents de repàs o correcció per no haver estat ben executades o acabades era de 101.118,80 euros (IVA exclòs); d'aquests imports, la part a assumir pel contractista era de 149.405,27 euros (IVA exclòs), per les obres executades, i 12.012,73 euros (IVA exclòs), en el cas que es reparessin obres no acabades o no ben executades. En aquesta liquidació no es va tenir en compte cap material apilat, atès que aquest material no havia estat objecte de recepció per l'Ajuntament i el contractista no n'havia facilitat una relació valorada ni justificat el pagament. A banda, l'obra de la fase primera pendent d'executar s'havia ajornat de mutu acord, per a executar-la a la fase segona.

Respecte del dret a la indemnització pels danys i perjudicis causats per l'incompliment del contracte i la suspensió de les obres, l'Ajuntament considera que l'article 208 de l'LCSP, que al·lega el contractista, quan disposa que la suspensió del contracte obliga a indemnitzar els danys i perjudicis, s'aplica només quan la causa de la suspensió és imputable a l'Administració, circumstància que no es dona en el cas present. Les obres van ser suspeses perquè el contractista no va acceptar els preus contradictoris fixats. L'informe dels serveis tècnics municipals va assenyalar que no es podia iniciar la fase segona, atès que les partides noves afectaven en gran mesura aquesta fase, fins que el contractista no estigués conforme amb la modificació contractual.

Pel que fa a la garantia constituïda, l'Ajuntament considera que no correspon confiscar-la, atesa la causa invocada per a resoldre el contracte, i que resta afectada a les altres responsabilitats establertes en l'article 110 de l'LCSP.

VI. El parer de la Comissió Jurídica Assessora

La prerrogativa que té l'Administració de resoldre els contractes administratius, recollida en els articles 190 i 211 de l'LCSP, és un poder exorbitant que queda justificat quan així ho requereixi l'interès públic inherent a qualsevol contracte de l'Administració, per la qual cosa és necessari apreciar d'una manera estricta les causes que habiliten la resolució contractual en el context dels fets acreditats en l'expedient. Així ho ha reiterat aquesta Comissió, entre d'altres, en els dictàmens 314/2015, 231/2016, 38/2017, 293/2017, 292/2018, 115/2019, 218/2019 i 232/2019.

L'article 211.1 de l'LCSP identifica les causes de resolució dels contractes. La proposta de resolució assenyala com a causa de resolució l'establerta en la lletra h) d'aquest article i, per remissió d'aquest, l'establerta en l'article 242.2. La lletra h) esmentada estableix com a causa de resolució "les que aquesta Llei assenyali específicament per a cada categoria de contracte". En el cas que s'examina, s'entén que aquesta remissió es fa a la causa establerta en l'apartat segon de l'article 242, intitulat "Modificació del contracte d'obres", com assenyala la proposta de resolució. Aquest apartat segon disposa que "Quan les modificacions suposin la introducció d'unitats d'obra no previstes en el projecte o les característiques de les quals difereixin de les que aquest fixa, i no sigui necessari efectuar una nova licitació, els preus aplicables han de ser fixats per l'Administració, amb l'audiència prèvia del contractista per un termini mínim de

tres dies hàbils. Si el contractista no accepta els preus fixats, l'òrgan de contractació les pot contractar amb un altre empresari en els mateixos preus que hagi fixat, executar-les directament o optar per la resolució del contracte de conformitat amb l'article 211 d'aquesta Llei”.

Aquesta Comissió Jurídica Assessora considera que és clar que el cas que s'examina s'insereix en el supòsit d'aquest article 242.2. Les modificacions introduïdes consisteixen en unitats d'obra no previstes en el projecte, tal com assenyalen els informes dels serveis tècnics municipals. Els preus aplicables van ser fixats per l'Ajuntament, segons consta en l'informe tècnic de 6 de novembre de 2019, que es van calcular a partir dels preus proposats per la direcció de les obres. Prèviament a la fixació dels preus, es va donar audiència al contractista, el qual va presentar un escrit d'al·legacions que es va analitzar en el mateix informe tècnic de 6 de novembre de 2019. Una vegada aprovada la modificació, el contractista va presentar un escrit en què manifestava oposició als preus fixats, i per aquest motiu l'Ajuntament va incoar el procediment de resolució contractual.

Així mateix, l'Administració ha justificat extensament el motiu pel qual la modificació d'unitats d'obra no requeria dur a terme una nova licitació i, de fet, resulta necessari constatar que les discrepàncies del contractista han sorgit quan s'ha fet evident la diferència en relació amb els preus, però no van sorgir en relació amb la necessitat d'una nova licitació quan inicialment es van plantejar les modificacions esmentades d'unitats d'obra.

Aquesta Comissió Jurídica Assessora constata, doncs, que es dona la causa de resolució contractual establerta en la lletra h) de l'article 211.1 de l'LCSP en relació amb l'article 242.2 de la mateixa norma.

La concurrència de l'esmentada causa de resolució contractual descarta ontològicament la concurrència de la causa al·legada pel contractista, ja que si concorre aquesta primera significa que no ens trobem davant del supòsit de fet de la segona.

Efectivament, aquest òrgan consultiu considera que, tal com ha justificat l'Ajuntament, no s'ha produït una modificació substancial del projecte adjudicat que obligui a rectificar-lo, i molt menys aquesta ha estat instada pel director facultatiu de l'obra (la direcció de les obres, en l'informe de 27 de setembre de 2019, va considerar que no calia modificar el projecte arran de les unitats d'obra noves introduïdes, tal com recull l'informe tècnic de 14 de desembre de 2019), ja que no es poden considerar com a tal els excessos de mesuraments d'obra i la inclusió de preus nous.

A més, de conformitat amb aquest article 242.4 de l'LCSP, l'informe tècnic que va determinar els preus nous va deduir-hi l'excés d'amidaments que s'havia produït. El contractista es va oposar a l'abast d'aquests amidaments, però l'oferta de l'adjudicatari incloïa el compromís d'assumir fins a un 10 % del pressupost d'adjudicació pels excessos d'amidaments que es produïssin durant l'execució de les obres.

D'altra banda, l'article 242.1 de l'LCSP estableix que "són obligatòries per al contractista les modificacions del contracte d'obres que s'acordin de conformitat amb el que estableix l'article 206. En cas que la modificació suposi supressió o reducció d'unitats d'obra, el contractista no té dret a reclamar cap indemnització". I aquest article 206, en l'apartat primer, disposa que "en els supòsits de modificació del contracte que recull l'article 205, les modificacions acordades per l'òrgan de contractació són obligatòries per als contractistes quan

impliquin, aïlladament o conjuntament, una alteració en la seva quantia que no excedeixi el 20 per cent del preu inicial del contracte, IVA exclòs”. La modificació va suposar un increment del 2,61 % del preu del contracte (total 177.352,66 euros, IVA inclòs), inferior al límit del 20 % que estableix l’article 206.1 de l’LCSP. Per tant, era obligatòria per al contractista.

Aquest article 206.1 fa referència als supòsits de modificació que recull l’article 205 de l’LCSP i l’Ajuntament ha justificat que concorren els requisits que justifiquen una modificació no prevista dels plecs.

L’informe dels serveis tècnics municipals de 14 d’octubre de 2019 va comprovar el compliment dels requisits d’aquest article 205. Les variacions introduïdes són les estrictament indispensables, ja que es refereixen, entre d’altres, a les modificacions necessàries requerides pels diferents gestors d’infraestructures o a les sol·licitades pels responsables de la senyalització horitzontal; no és possible canviar el contractista, atès que la simultaneïtat de dos contractistes en una obra on totes les partides estan molt interconnectades suposaria un perjudici econòmic i tècnic; algunes partides són causades per circumstàncies sobrevingudes imprevisibles, però que no alteren la naturalesa del contracte; no s’excedeix el 50 % del preu inicial, i la modificació no té caràcter substancial, i es justifica que no es va incloure en el contracte inicial perquè la necessitat de la modificació s’ha determinat en contrastar el projecte inicial amb la realitat física, de manera que és necessari executar els treballs d’una manera diferent o executar-ne de nous.

Per consegüent, atès que es compleixen els requisits de l’article 205, no es pot aplicar la causa de resolució de l’article 211.1.g) que al·lega la contractista, ja que aquest té com a requisit la impossibilitat de modificar el contracte d’acord amb l’article 205 de l’LCSP.

Atès que es complien els requisits de l'article 205, l'Ajuntament va modificar el contracte; d'altra banda, les modificacions acordades van suposar un increment inferior al 20 % del preu del contracte. Per tant, no es dona cap de les circumstàncies per a aplicar la causa de resolució de la lletra g) citada.

En aquest sentit, és oportú recordar la doctrina de la Comissió sobre la causa de resolució de l'article 223.g) del derogat text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Real decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre. Aquest article establia com a causa "la impossibilitat d'executar la prestació en els termes inicialment pactats o la possibilitat certa de producció d'una lesió greu a l'interès públic si es continua executant la prestació en aquests termes, quan no sigui possible modificar el contracte d'acord amb el que disposa el títol V del llibre I". Per tant, pel que aquí interessa, aquesta doctrina és aplicable a la causa de resolució de la lletra g) de la vigent de l'LCSP. Així, el Dictamen 295/2017 d'aquest òrgan consultiu va indicar el següent:

«I és que, tal com ha indicat prèviament aquest òrgan consultiu (Dictamen 193/2013), "Aquesta causa de resolució contractual va ser introduïda per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, com a complement del nou règim, més restrictiu, de modificació contractual. Amb la inclusió de la nova causa, la legislació tenia l'objectiu de permetre finalitzar el vincle contractual en aquells supòsits en els quals el contracte no es pot modificar, si bé, al mateix temps, tampoc no es pot executar en els termes inicialment pactats"; doctrina avalada pels tribunals (Sentència núm. 586/2016, de 15 de juliol, del Tribunal Superior de Justícia de Murcia; Sentència núm. 200/2015, de 22 d'abril, del Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó).

Segons indica la Comissió en el mateix Dictamen 193/2013: “En l’aplicació d’aquesta causa de resolució s’han d’acreditar o justificar diversos elements. En primer lloc, la impossibilitat de modificació; és a dir, que l’objectiu d’adaptar la relació contractual a les circumstàncies sobrevingudes no pugui encaixar-se en els supòsits de modificació previstos en l’ordenament, en concret en els articles 105 i següents del TRLCSP. En segon lloc, que es doni la impossibilitat d’execució en els termes inicialment establerts, o que es pugui produir una lesió greu de l’interès públic si es continua la prestació en els mateixos termes. En tercer lloc, l’examen d’aquestes circumstàncies s’ha de fer amb especial cura, ja que el destí normal d’un contracte és el seu compliment, i precisament aquesta és la via normal d’extinció, i, per tant, la resolució constitueix sempre una opció especial.»

Per tant, la Comissió Jurídica Assessora considera que la causa de resolució contractual que es dona en el present cas és l’establerta en la lletra h) de l’apartat 1 de l’article 211 de l’LCSP en relació amb l’apartat 2 de l’article 242 de la mateixa norma.

Pel que fa als efectes de la resolució del contracte, d’acord amb l’article 246.1 de l’LCSP, “la resolució del contracte dona lloc a la comprovació, mesurament i liquidació de les obres realitzades d’acord amb el projecte, i fixa els saldos pertinents a favor o en contra del contractista. És necessària la citació d’aquest, en el domicili que figuri a l’expedient de contractació, per a la seva assistència a l’acte de comprovació i mesurament”. Així, l’informe dels serveis tècnics municipals de 20 de febrer de 2020 assenyala que s’ha dut a terme la liquidació de les obres, amb la presència del contractista, complint els requisits de l’article mencionat.

D'altra banda, l'article 213.5 estableix que "en tot cas l'acord de resolució ha de contenir pronunciament exprés sobre la procedència o no de la pèrdua, devolució o cancel·lació de la garantia que, si s'escau, hagi estat constituïda". L'Ajuntament considera que no correspon confiscar la garantia, atesa la causa invocada per a resoldre el contracte, i que resta afectada a les altres responsabilitats establertes en l'article 110 de l'LCSP. En efecte, atès que el contracte no es resol per incompliment culpable del contractista, no escau confiscar la garantia, d'acord amb l'article 213.3 de l'LCSP, el qual estableix que "quan el contracte es resolgui per incompliment culpable del contractista, se li ha de confiscar la garantia i, a més, ha d'indemnitzar l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats en l'import que excedeixi el de la garantia confiscada". La garantia ha de respondre únicament a una eventual existència de vicis o defectes en l'obra executada durant el termini de garantia, segons l'article 110 de l'LCSP.

Pel que respecta a la indemnització del contractista, no escau el pagament del 3 % de l'obra pendent d'executar que estableix l'article 213.4 de l'LCSP, atès que aquest article s'aplica quan la causa de resolució és l'establerta en l'article 211.1.g) de l'LCSP.

Quant a la indemnització pels danys i perjudicis causats per la suspensió de les obres, establerta en l'article 208 de l'LCSP, que al·lega el contractista, i també en l'article 246.4 de l'LCSP, no és aplicable al cas perquè la suspensió no és imputable a l'Administració. S'ha de tenir present que la suspensió no és la causa de resolució del contracte, sinó la seva conseqüència.

Finalment, en relació amb el dret a cobrar l'obra realment executada, l'Ajuntament no nega aquest dret, amb l'excepció del material apilat a peu d'obra, que no s'ha acreditat; només assenyala que l'import ha de ser el resultat de la liquidació efectuada, tenint en compte els preus contradictoris aprovats.

CONCLUSIÓ

S'informa favorablement sobre la resolució del contracte subscrit per l'Ajuntament de Malgrat de Mar amb l'empresa Rogasa, SAU, per a l'execució de les obres incloses al projecte d'ordenació i rehabilitació del passeig Marítim, entre la plaça de l'Àncora i l'avinguda de Colom.

Albert Lamarca i Marquès

President