



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 176/2019

(Sección 2ª)

La Laguna, a 16 de mayo de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Yaiza en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de la obra «PROYECTO DE ADECUACIÓN DE ZONAS VERDES EN PLAYA BLANCA, PARQUE ATLÁNTICO Y MODIFICADO» adjudicado a la empresa (...) (EXP. 179/2019 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Yaiza, con entrada en este Consejo Consultivo el 30 de abril de 2019, es la Propuesta de Resolución, a la que se opone el contratista, del contrato de obra del «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado».

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) y d) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con los arts. 211.3 del R.D. Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre y 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

3. En cuanto a la normativa aplicable, es de resaltar que el contrato del que trae causa el presente procedimiento «Proyecto de Adecuación de Zonas Verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y modificado» fue adjudicado por Acuerdo Plenario del 25 de junio de 2018, si bien el expediente se inicia el 3 de noviembre de 2017, y se

* Ponente: Sra. de León Marrero.

publica en el D.O.U.E el 7-03-2018, BOP de 12 de marzo de 2018 y perfil del contratante el 12-03-2018.

Dado que entre la publicación del primer anuncio y la adjudicación, se produce un cambio normativo en materia de contratación pública, es necesario aclarar cuál es la norma a aplicar:

La Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público señala:

«1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Siguiendo el tenor literal de este precepto, el contrato de obra se regiría por el R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público al haberse publicado el anuncio en el D.O.U.E antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (que se produjo el 9 de marzo de 2018) si bien la extinción entraría en el ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público al haberse adjudicado el contrato con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Este complejo panorama normativo ha sido tratado en dictámenes de otros Consejos Consultivos tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas: El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/08, de 28 de julio, señala: «esta conclusión debe ser matizada para el caso de que la mención en los pliegos de algún elemento contractual pueda determinar con arreglo al régimen de la legislación anterior la producción de efectos distintos de los que deberían producirse al amparo del actual. En tal caso, los efectos derivados de esta circunstancia deberían regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aun cuando, con arreglo a la ley actual, tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos pueda ser distintos».

El pliego de cláusulas Administrativas particulares, en cuanto a la resolución, remite a las causas de los arts. 223 y 237 del TRLCSP y a los efectos previstos en los arts. 224 y 239 del TRLCSP, así pues, ésta habrá de ser la legislación de aplicación. El art. 223 g) del TRLCSP señala como causa de resolución: «la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados».

También es de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

4. No ha transcurrido el plazo máximo de ocho meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual, establece el art. 212.8 LCSP, que es la legislación de aplicación al efecto.

En cuanto al plazo para resolver el expediente de resolución contractual, es de ocho meses en virtud del art. 212.8 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). Este plazo no se recoge en el TRLCSP ni en el pliego de cláusulas Administrativas particulares (cláusula 37), pero sí en el art. 212.8 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, aplicable en virtud de la Disposición Transitoria Primera, apartado segundo, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, en aquello que no contradiga el pliego de cláusulas Administrativas particulares. Como se ha dicho, esta prioridad del pliego tiene por objeto salvaguardar el principio de seguridad jurídica, al enmarcarse el contrato desde el punto de vista temporal, dentro del régimen transitorio. No existiendo previsión alguna en el pliego, rige la legislación de referencia.

II

Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

Mediante Decreto n.º 2608 de fecha 3 de noviembre de 2017 se inicia por el Ayuntamiento de Yaiza expediente de contratación de la obra «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado» (expediente de contratación número 90- 2018).

Con fecha 9 de febrero de 2018 se emite por parte del Concejal de Urbanismo propuesta de ejecución de la obra «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado».

En fecha 9 de febrero de 2018 se emite Decreto n.º 445 de inicio de la obra referenciada.

Con fecha 2 de marzo de 2018 se emite en su punto 2) acuerdo Plenario sobre la aprobación del expediente de contratación de la obra «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado», de aprobación de los pliegos de cláusulas Administrativas particulares y de Prescripciones Técnicas (PCAP y PPT), aprobación del gasto y del inicio de la tramitación de dicha licitación. Se licita dicho expediente con un presupuesto base de licitación de 2.538.721,17 €.

Se publica anuncio de licitación en el D.O.U.E. con fecha 07/03/2018, en el B.O.P. (n.º 31) de Las Palmas de fecha 12/03/2018, en la Plataforma de Contratación del Estado el día 09/03/2018 y en el Perfil de Contratante de fecha 12/03/2018.

Se presentan las proposiciones por parte de empresas licitadoras, y con fecha 26 de abril de 2018 se celebra Mesa de contratación llevándose a cabo la apertura las propuestas presentadas por parte de las siguientes empresas:

- (...)
- (...)
- (...)
- (...)
- (...)
- (...)
- (...)

Con fecha 29 de mayo de 2018, tras emitirse informe técnico de valoración de las ofertas presentadas se propone por la Mesa de Contratación la adjudicación a la empresa (...)

Se emite Decreto n.º 2018-1514 de 25 de junio de 2018 mediante el que se adjudica la obra «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado» del que es adjudicatario la empresa (...), con N.I.F. (...).

Dicho acuerdo de adjudicación se aprueba en sesión plenaria de fecha 13 de julio de 2018 al constatarse el error de aprobación de la adjudicación mediante Decreto de Alcaldía cuando el órgano de contratación era el Pleno.

Se firma contrato con fecha 25 de julio de 2018 para la ejecución de dicha obra por la empresa (...), con un coste total de 2.141.906,35 € (incluido IGIC).

Asimismo, se realiza Decreto n.º 2018-1852 de designación de responsable del contrato de fecha 7 de agosto de 2018, designando a (...) y (...) como responsables del contrato.

Se publica Anuncio de adjudicación y formalización en el DOUE el día 23 de agosto de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Estado y el perfil del contratante el día 7 de agosto de 2018.

El 31 de agosto de 2018 (...) en nombre de la empresa pone a disposición de la dirección de obra [(...) y (...)] por correo electrónico el Plan de Seguridad y Salud, que se incorpora por registro al Ayuntamiento el 1 de octubre de 2018.

El 10 de octubre de 2018 (...) comunica a la empresa (...) que ha sido nombrado Coordinador de Seguridad y Salud en la obra.

El 27 de noviembre de 2018 se aprueba el Plan de Seguridad y Salud.

El 19 de noviembre 2018 se firma el acta de comprobación del replanteo que determina el inicio de la obra, con reservas por parte del contratista.

El 30 de noviembre de 2018 se produce la apertura del centro de trabajo.

Con fecha 27 de diciembre de 2018 se presenta escrito por la empresa adjudicataria (...), con la finalidad de dar a conocer la situación actual de la obra y se afirma que:

«1) existen unidades de obra en el terreno de la obra que no son parte del objeto del contrato.

2) se comunica a la propiedad la falta de definición de algunas unidades de obra necesarias para desarrollar el proyecto en completo.

3) se notifica que no se dispone de una topografía ni de secciones transversales necesarias para encajar topográficamente el proyecto.

Se presenta por la empresa un listado de precios contradictorios correspondientes a deficiencias encontradas en el proyecto, ya sea por la carencia de algunas unidades o el ajuste de precios de unidades de obra que no contemplaban la integridad de lo descrito en la partida (...).».

El día 22 de enero de 2019 se presenta otro escrito por la empresa adjudicataria (...), donde se solicita la suspensión temporal de las actividades de la obra hasta que se pueda tener definido técnicamente el proyecto y la confección de un modificado

que recoja los nuevos precios contradictorios así como el nuevo plazo de ejecución de la obra.

III

La normativa aplicable al procedimiento de resolución viene dada por la existente en el momento de su iniciación, conforme a lo previsto en la DT1ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público y DT3ª de la Ley 39/2015:

«Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015. Régimen transitorio de los procedimientos.

a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.

b) Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta.

c) Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.

d) Los actos y resoluciones pendientes de ejecución a la entrada en vigor de esta Ley se regirán para su ejecución por la normativa vigente cuando se dictaron.

e) A falta de previsiones expresas establecidas en las correspondientes disposiciones legales y reglamentarias, las cuestiones de Derecho transitorio que se susciten en materia de procedimiento administrativo se resolverán de acuerdo con los principios establecidos en los apartados anteriores».

El 13 de febrero de 2019 el Pleno del Ayuntamiento acuerda iniciar el procedimiento para resolver el contrato, con incautación de la garantía definitiva. En ese momento está en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

El art. 212 de la Ley 9/2017, remite en cuanto al procedimiento de resolución contractual al desarrollo reglamentario, si bien establece un plazo de ocho meses para la instrucción y resolución del expediente.

El art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, señala el procedimiento a seguir:

«Artículo 109. Procedimiento para la resolución de los contratos.

1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente».

De la referida normativa se infiere la necesidad de emisión del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, la necesaria audiencia al contratista, y al avalista en caso de incautación de la garantía y el informe del servicio jurídico.

En el ámbito local, se preceptúa como necesarios para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con el art. 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

No consta en el expediente el informe de la Intervención. La ausencia de dicho informe, impide a este Consejo Consultivo entrar a valorar el fondo del asunto. Procede, en consecuencia, retrotraer el expediente a fin de conocer el parecer del órgano interventor de la Corporación, para, previa audiencia al contratista a fin de que se pronuncie sobre el mismo, se emita nueva Propuesta de Resolución que será sometida a dictamen de este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La propuesta de resolución no se ajusta a Derecho, debiendo retrotraerse el expediente a fin de conocer el parecer del Interventor y otorgar nueva audiencia al adjudicatario respecto a tal extremo.