



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 4 3 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 25 de marzo de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden culminatoria del procedimiento administrativo de resolución del contrato administrativo de las «Obras del Centro de Salud de Valverde - El Hierro» (EXP. 95/2021 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias es la Propuesta de Orden mediante la que se resuelve el contrato administrativo de las *«Obras del Centro de Salud de Valverde - El Hierro»*.

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) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 211, de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y con el art. 109.1.d), también de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

En este sentido, se ha de recordar que, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -LCSP- (que entró en vigor a los cuatro meses de su publicación en el *«Boletín Oficial del Estado»*, esto es, el 9 de marzo de 2018), en su apartado primero: *«Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de*

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos».

Pues bien, habiéndose iniciado el presente expediente de contratación, según consta en la documentación remitida a este Consejo, mediante Orden del Consejero de Sanidad de 26 de febrero de 2018, resulta de aplicación la normativa sustantiva sobre contratación vigente en ese momento, esto es, el TRLCSP, sin perjuicio de la aplicación de la actual en aquellos aspectos procedimentales.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (arts. 190 y 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado fue el Sr. Consejero de Sanidad.

4. No ha transcurrido el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP, por lo que el procedimiento de resolución contractual no ha caducado al haberse iniciado el 10 de noviembre d 2020.

II

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

1.1.- Mediante Orden del Consejero de Sanidad nº 366/2018 de fecha 4 de junio de 2018, se resolvió adjudicar el contrato administrativo de las «*Obras del Centro de Salud de Valverde - El Hierro*» (Expdte. nº 23/T/18/OB/CO/A/0001), a favor del licitador U.T.E. (...)-(...) [UTE (...)] con NIF (...), por un importe de 2.151.407,75 euros, excluido IGIC que deberá soportar la Administración por un importe de 150.598,54 euros, con cargo a la aplicación presupuestaria 39 23 312F 6220100 PI 176G0055, y anualidades 2018-2019, según la siguiente distribución:

ANUALIDADES IMPORTE s/IGIC IGIC 7% TOTAL

2018 752.992,71 € 52.709,49 € 805.702,20 €

2019 1.398.415,04 € 97.889,05 € 1.496.304,09 €

TOTAL 2.151.407,75 € 150.598,54 € 2.302.006,29 €

Dicha aplicación presupuestaria, está cofinanciada por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en un 85%, dentro del Eje 9, Categoría 08 del Programa Operativo FEDER Canarias 2014-2020.

El documento de formalización del contrato fue suscrito con fecha 5 de junio de 2018, y el plazo de ejecución de la obra será de 12 meses. El acta de comprobación de replanteo fue firmada el 4 de julio de 2018.

1.2.- Por Orden n.º 433/2019 del Consejero de Sanidad de fecha 5 de junio de 2019 se inició expediente de prórroga del plazo de ejecución por un periodo de 6 meses, hasta el 31 de diciembre de 2019, con imposición de penalidades del contrato de administrativo de las citadas «Obras del Centro de Salud de Valverde- El Hierro». Tras las alegaciones presentadas por la contratista y a la vista de los informes emitidos por la Dirección Facultativa (C.-F. Arquitectura, paisaje y Urbanismo), de fecha 18 de junio de 2019 y por el Servicio de Infraestructuras de fecha 28 de junio de 2019, mediante Orden n.º 490/2019, de 5 de julio, se autorizó la prórroga del plazo de ejecución de las obras, sin imposición de penalidades, por un plazo de tres meses, hasta el 4 de octubre de 2019.

1.3.- Mediante Orden n.º 714/2019, de la Consejera de Sanidad de fecha 4 de octubre de 2019, se autorizó la prórroga del plazo de ejecución de las obras de referencia, por un periodo de cuatro meses, desde el 4 de octubre de 2019 hasta el día 4 de febrero de 2020, y se inició expediente de reajuste de anualidades del contrato, con cargo a la aplicación presupuestaria 39 23 312F 6220100 PI 176G0055 Proyecto Obra Centro Salud Valverde.

1.4.- Por Orden n.º 903/2019, de 2 de diciembre de 2019 se aprobó el expediente de reajuste de anualidades del contrato de ejecución de las «Obras del Centro de Salud de Valverde-El Hierro», expediente número 23/T/18/OB/CO/A/0001, con la siguiente distribución del importe por anualidades:

ANUALIDADES	IMPORTE S/IGIC	IGIC	TOTAL
2018 (7% IGIC)	180.142,16	12.609,95	192.752,11
2019 (6,5% IGIC)	606.877,68	39.447,05	646.324,73
2020 (6,5% IGIC)	1.364.387,91	88.685,21	1.453.073,12
TOTAL	2.151.407,75	140.742,21	2.292.149,96
2020 LIQUIDACIÓN 10%	215.140,77	13.984,15	229.124,92
TOTAL CON LIQUIDACIÓN	2.366.548,52	154.726,36	2.521.274,88

1.5.- Obtenida la previa conformidad del contratista de las obras a la redacción del proyecto modificado N.º 1, puesta de manifiesto en escrito de fecha 25 de

octubre de 2019, por Orden n.º 936/2019 de la Consejera de Sanidad, de fecha 10 de diciembre de 2019, se autorizó la Redacción del Proyecto Modificado nº 1 de instalaciones del contrato consistente en la ejecución de «*Las Obras del Centro de Salud de Valverde - El Hierro*», por un importe de 4.241,42 euros, IGIC incluido, por la empresa (...), la Dirección de las obras de ejecución material del referido Proyecto Modificado n.º 1 de instalaciones, por importe de 4.241,42 euros, IGIC incluido, por la misma empresa, siendo el presupuesto de contrata del Proyecto Modificado n.º 1 de instalaciones de 97.174,12 euros, excluido IGIC que deberá soportar la Administración por un importe de 6.316,32 €, resultando el importe total de 103.490,44 €. Y por la que por último se acordó la continuación provisional de las obras tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la Dirección Facultativa de las obras.

1.6.- Por Orden n.º 51/2020 de la Consejera de Sanidad, de fecha 3 de febrero de 2020, se autorizó la prórroga del plazo de ejecución de las citadas «*Obras del Centro de Salud de Valverde - El Hierro*», por un periodo de seis meses, desde el día 4 de febrero hasta el día 4 de agosto de 2020. Esta ampliación se justificó en sendos informes del Servicio de Infraestructuras de la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Canario de la Salud de fechas 22 y 30 de enero de 2020, siendo la causa no imputables al contratista: «*(...) como consecuencia de la necesidad de disponer del plazo de tiempo necesario para realizar la supervisión del Proyecto Modificado n.º 1, la posterior tramitación de este para la modificación del contrato de obras y la ejecución de dicho proyecto, incluido el periodo de tiempo necesario para el pedido de los equipos a fábrica, traslado, instalación y puesta en marcha de los mismos*».

1.7.- Mediante Orden de la Consejera de Sanidad n.º 99/2020, de fecha 21 de febrero, se procedió a ajustar contablemente y actualizar el tipo de gravamen en el impuesto general indirecto canario (IGIC) al 7% del expediente referenciado, por importe de 138.388,71 € (ciento treinta y ocho mil trescientos ochenta y ocho euros con setenta y un céntimo), acordando la realización de los documentos contables necesarios a comprometer el crédito con cargo al ejercicio 2020, en las aplicaciones presupuestarias 39 23 312F 6220100 PI 176G0055 (Obra Centro Salud Valverde) y 39.23.312F.6220100 del Proyecto de Inversión 13600161 (Obras de Reparación y mejora Infraestructuras A.P), cofinanciadas por el (...) en un 85%, dentro del Eje 9, P.I. 9a, del Programa Operativo Canarias 2014-2020.

1.8.- Mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se procedió a declarar en España el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y como medida de contención de progresión de la enfermedad y protección de la salud de los ciudadanos al no poderse garantizar el cumplimiento de las medidas de seguridad encomendadas por la autoridad sanitaria, por Orden n.º 179/2020, de fecha 18 de marzo de 2020, de la Consejera de Sanidad se acordó la suspensión temporal total de las obras en el citado expdte. N° 23/T/18/OB/CO/A/0001 destinado para las OBRAS DEL CENTRO DE SALUD DE VALVERDE, EL HIERRO, fijando como plazo hasta que pierda vigencia el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, o, en su caso, las prórrogas del mismo. De acuerdo con el acta de suspensión dichas obras quedaron suspendidas con carácter temporal total a partir del día 18 de marzo de 2020.

1.9.- Con fecha 27 de marzo de 2020, la contratista de las obras presenta escrito en contestación al acto de suspensión temporal interesando, entre otras, que:

« (...)

3. se proceda a la suscripción del acta con el anejo que refleje el estado de las obras y el material acopiado.

4. por comunicado que deben tomar la posesión de las obras y, en cualquier caso, son responsables de las incidencias de cualquier naturaleza pueda suceder, por lo que deben adoptar la totalidad de medidas para asegurar, preservar y custodiarlas, garantizando que no sufra menoscabo de ninguna clase.

(...) ».

1.10.- Con fecha 7 de abril de 2020, mediante escrito de la Directora General de Recurso Económicos se da respuesta a lo requerido por la U.T.E. (...) - (...) informando que:

«- Respecto a lo interesado en el punto 3: Figura incorporado en el expediente el Acta de suspensión de las obras, debidamente suscrita por el Jefe de Servicio de Infraestructuras como representante de la Administración, por el director de obra como representante de la Dirección Facultativa y por el Gerente de la UTE (...) como representante de la entidad contratista.

En el citado documento se han consignado las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución del contrato, mencionando expresamente el carácter temporal total de la suspensión de las obras, la medición de la obra ejecutada hasta dicha

fecha y los materiales acopiados a pie de obra utilizables exclusivamente en la misma que se adjunta como anexo a dicha acta de suspensión.

- Respecto a lo interesado en el punto 4: Según consta reflejado en la citada acta de suspensión, figura expresamente que por parte del contratista se han tomado las medidas oportunas para impedir el acceso a la obra de personas no autorizadas.

La suspensión acordada por el órgano de contratación no contempla los efectos interesados en su escrito, ni deriva en la transmisión a la Administración de la posesión y los riesgos de la obra.

Por otro lado, es necesario señalar que no se ha completado la ejecución del contrato y no se ha producido el acto de entrega por el contratista a la Administración de las obras, ni éstas han sido objeto de ocupación ni recepción por la Administración, lo que imposibilita la correlativa toma de posesión de la obra.

El acto de recepción, una vez constatado el cumplimiento por el contratista de la prestación a que se obligó, es el que determina la entrega y transmisión posesoria de las obras a la Administración, a fin de que ésta las destine al uso o servicio público, y determina, además, la traslación o desplazamiento a la Administración de los riesgos de la obra entregada, salvo que el contrato o la Ley hubieran previsto otra cosa.

La obligación de conservación y policía de la obra que incumbe al contratista, se trata de una obligación general que resulta directamente del vínculo contractual, indisolublemente ligada a la obligación principal que para el contratista resulta del contrato de obra pública: entregar una obra ejecutada con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mismo y que se mantiene durante toda la vigencia del contrato. Así lo pone de manifiesto la cláusula 22 del Pliego General de Obras del Estado, al que queda sometido esta contratación en relación con la cláusula 3.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (...) ».

1.11.- Se dicta Orden del Consejero de Sanidad de n.º 250/2020, de fecha 21 de abril de 2020 por la que se acuerda el levantamiento de la suspensión temporal total del contrato de obras en el expediente de referencia, a propuesta del Servicio de Infraestructuras de fecha 15 de abril de 2020, en el siguiente sentido:

«2.1.- Considerando que tal como está incidiendo la pandemia del coronavirus Covid19 en el desarrollo del servicio sanitario del edificio donde se ubica la obra de referencia y estimando que la continuación de la obra no interfiere en su normal funcionamiento.

(...)

2.3.- Considerando que los responsables de seguridad y salud de la obra han elaborado e informado favorablemente un protocolo de actuación y que la empresa constructora dispone de los equipos de protección individuales y colectivos necesarios para garantizar la seguridad

de todos los agentes intervinientes en la obra frente al riesgo de contagio del coronavirus Covid19».

1.12.- Tras la notificación a la empresa contratista de la Orden anterior, ésta con fecha 24 de abril de 2020 presenta escrito con asunto: «Afecciones a la reanudación de las obras e incidencias durante ejecución del contrato», en el que entre otras cuestiones exponen que:

« (...)

Sexto.- Que con independencia de la impugnación que pueda haber, les indicamos la imposibilidad de reanudación de las obras, habida cuenta de que se siguen manteniendo las circunstancias que conllevaron la suspensión.

En este sentido, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, (...), ha establecido una serie de limitaciones de libertad de circulación, con claras restricciones al transporte público y, en general de la movilidad de personas y mercancías, tiene una de sus máximas expresiones en una isla como la de El Hierro, pero es que además no se puede minimizar el riesgo inminente de contagio de la plantilla al no poder contarse con equipos de protección, lo que es ajeno a esta contratista, máxime cuando se trata de un supuesto de modificación de contrato.

A título ilustrativo, les indicamos las causas que impiden reanudar las obras:

a) Existe la imposibilidad de desplazamiento del personal por inviabilidad de permanecer en la zona de las obras y existir el cierre de establecimientos para que puedan pernoctar los trabajadores y los propios de hostelería para la manutención.

((...)) .)

b) Se constata la limitación ante la grave situación de escasez o falta total de aprovisionamiento de elementos recursos necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial como consecuencia de la afectación por el coronavirus de las empresas proveedoras o suministradoras, así como de empresas subcontratistas.

c) Se produce una clara afección por las medidas de aislamiento preventivo decretado por la autoridad sanitaria y riesgo para la salud y vida de los trabajadores de las personas, no disponiéndose de equipos de protección de individual y colectiva que en cualquier caso no se pueden exigir al contratista, ya que constituye una unidad no prevista en el contrato y tiene que ser objeto de modificación (...).

d) Igualmente se detecta una limitación de accesos a obra por encontrarse adyacente a un CENTRO SANITARIO y se produce la interacción con pacientes y profesionales del sector en la salida y entrada del centro hospitalario».

Para concluir solicitando:

«1.- Tenga por mostrada oposición a la Orden de la Consejería de 21 de abril de 2020, vulnerándose el artículo 208 LCSP.

2.- Tenga por puesto de manifiesto que es imposible reanudar las obras persistiendo las causas que supusieron la adopción del acuerdo de suspensión y el levantamiento del correspondiente acta remitiéndose a las circunstancias indicadas en el cuerpo de este escrito.

3.- Por mostrada disconformidad con el acta de reanudación puesta de manifiesto.

4.- Por solicitada la tramitación de modificación de contrato por las variaciones en el Plan de Seguridad y Salud e incremento presupuestario.

5.- Por puesto de manifiesto, que, en todo caso, se producirá el padecimiento de la situación de ralentización cuando se reanuden las obras, procediendo a la regularización del plazo cuando se reanuden.

6.- A dicho efecto tenga por solicitado nos informen de las medidas a adoptarse que llevarán a cabo por la Administración, a fin de reducir el impacto que la situación temporal y, asimismo, proceder a la compensación económica por los sobrecostes y daños y perjuicios que está ocasionándose a este contratista como consecuencia de la ralentización y alteración de la programación.

7.- Tenga puesto por manifiesto que la solicitud de indemnización por la suspensión no queda limitada a los conceptos provisionalmente trasladados, extendiéndose igualmente a aquellos otros que proceda aplicar por razón de la normativa vigente en materia de contratación del sector público (artículos 195.2 y 208 LCSP, así como 96, 97 y 103 RGCAP y preceptos concordantes) y de la jurisprudencia existente en materia de paralizaciones, ralentizaciones y alteraciones del plazo de ejecución o duración del contrato».

1.13.- Con fecha 30 de abril de 2020, se procedió a suscribir el acta de reinicio, tanto por la Dirección Facultativa como por el Servicio de Infraestructuras, pero no por la empresa contratista de las obras. Conforme a lo dispuesto en la citada Orden el acta de reinicio determina la fecha exacta de reanudación del plazo de ejecución material de las obras para la fijación de la nueva fecha de terminación de las mismas. De acuerdo con lo anterior, la obra estuvo en suspenso temporalmente por un periodo total de 44 días, tras el acta de reinicio, el nuevo plazo de terminación de las obras quedó fijado en el 17 de septiembre de 2020, no obstante, la empresa contratista unilateralmente no ha reanudado la ejecución de las obras.

1.14.- Con fecha 13 de mayo de 2020, el Servicio de Infraestructuras emite informe en respuesta a las alegaciones de la empresa contratista citadas en los antecedentes de hecho Undécimo y Décimo segundo.

En primer lugar, en respuesta al escrito de la empresa contratista con fecha de entrada 27 de marzo de 2020, el Servicio de Infraestructuras hace remisión al listado de medios, infraestructura, maquinaria y medios auxiliares de obras y materiales acopiados que la contrata adjuntó posteriormente con la medición de la obra ejecutada hasta el día de la fecha (como Anexo al Acta suscrita de Suspensión Temporal Total de las Obras), al régimen de indemnizaciones establecido en art. 34.3 del Real Decreto Ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al Impacto económico y social del COVID -19, así como en relación a la transmisión de la obra, a que como quiera que no se ha completado la ejecución del contrato y no se ha procedido al acto de entrega por el contratista a la Administración de las obras, ni estas han sido objeto de ocupación ni recepción por la Administración, imposibilita la correcta toma de posesión de la obra: *«Siendo la obligación de conservación y guarda de la obra que incumbe al contratista, una obligación general que resulta directamente del vínculo contractual, indisolublemente ligada a la obligación principal que para el contratista resulta del contrato de obra pública: entregar una obra ejecutada con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el proyecto y en el contrato que le sirve de base al mismo y que se mantiene durante toda la vigencia del contrato».*

En segundo lugar, en respuesta a las alegaciones de la UTE (...) presentadas con fecha 24 de abril de 2020 informan:

1.- Respecto al listado de acopio, de medios personales, instalaciones y equipos adjunto al escrito de la contratista con entrada 27 de marzo de 2020, informa que dicho listado no se ha cuantificado ni queda suficientemente justificado.

2.- Respecto a las causas que impiden reanudar las obras, informan:

«a) El Cabildo Insular de El Hierro ha puesto a disposición de los ciudadanos una página web en la que se pueden consultar alojamientos y alimentación para la Isla, así mismo se tiene constancia de que se están ejecutando obras de otras Consejerías y en las que están cubiertas las necesidades de los trabajadores.

b) Conociendo por todas las partes la escasez de material en la Isla de El Hierro, proponemos que la obra continúe como se estaba ejecutando con anterioridad al estado de Alarma, ya que desde este Servicio se tiene constancia de que tanto la mayoría de los materiales como de las subcontratas, procedían de fuera de la isla.

c) Tras comunicación con técnicos de la Gerencia de El Hierro, se comunica que la isla tiene abastecimiento de productos de desinfección para poder garantizar las medidas de

desinfección, así como medidas de protección individual y colectivas añadiendo desde la Gerencia del Hospital que si en algún momento hay desabastecimiento de EPI´s, ésta los podrá suministrar.

d) *El acceso al Centro sanitario es independiente del acceso a la obra, como se viene reflejado en el Plan de Seguridad y Salud aprobado, en la que la obra se encuentra perfectamente vallada y no se accede a ella a través del Hospital, ni se accede al Hospital a través de la obra».*

3.- Desde el citado Servicio no se considera que exista una modificación sustancial del contrato y no se ha aportado documentación alguna que lo justifique.

4.- En consecuencia, el Servicio citado considera que la actividad se puede reiniciar sin que suponga una repercusión sustancial en el programa de trabajo, por lo que consideran que, si así es, la UTE debería realizar un nuevo Plan de Obras que justifique la ampliación de plazos.

5.- Por tanto, continúa el citado informe: *«No estamos de acuerdo con este punto, ya que, siguiendo las directrices de la Orden 250/2020, de fecha 21 de marzo, y considerando que se cumplen las condiciones para continuar ejecutando los trabajos correspondientes a las obras de referencia y extremando las medidas de seguridad, según se recoge en el Protocolo de Actuación frente al Covid-19, elaborado por UTE (...) y que cuenta con la aprobación del Coordinador de Seguridad y Salud, entendemos que es posible el reinicio de la obra».*

6.- Respecto a la regularización del plazo: *« (...) entendemos que en principio tendrán derecho a una ampliación del plazo igual al periodo de tiempo en que la obra estuvo suspendida, cualquier otra reclamación relacionada con la regularización del plazo tendrán que solicitarla al órgano de contratación, que será quien resuelva, concretamente exactamente el plazo solicitado, argumentando los motivos que la justifican y adjuntando un nuevo Plan de Obras, en el que tengan en cuenta la situación en la que se encuentra el estado de alarma en el momento de su elaboración, en relación con las medidas de seguridad y salud a adoptar en la obra, las subcontrataciones y los suministros».*

Concluyendo que: *«Desde este Servicio se propone la desestimación de lo solicitado por la UTE (...), adjudicataria de la obra de ejecución del CENTRO DE SALUD DE VALVERDE-EL HIERRO en escrito con n.º registro 500252/SCSG/3640 de 24 de abril de 2020, al levantamiento de la suspensión temporal total de la obra, por las razones anteriormente expuestas».*

1.15.- En relación con la suscripción del acta de reinicio por la empresa contratista, mediante escrito del Servicio de Contratación de Infraestructuras, de fecha 13 de mayo de 2020, dirigido al Servicio de Infraestructuras se solicitó información al respecto, requiriéndoles el acta debidamente firmada, o en su caso,

informe motivado de la situación en la que se encontraba en esos momentos dicha obra.

El Servicio de Infraestructuras en informe de fecha 14 de mayo de 2020 informa de lo siguiente:

«Primero.- El Acta de Reinicio de las obras fue enviado por correo electrónico para su firma, el día 23 de abril de 2020, a la empresa UTE (...), según se puede comprobar en el documento adjunto.

Segundo.- El Acta de Reinicio tenía fecha de 28 de abril de 2020, día en el que este Servicio se puso en contacto con el Gerente de la UTE (...), por vía telefónica, para conocer el motivo por el que no teníamos firmada dicha Acta, a lo que contestaron que habían comunicado al Servicio de Contratación objeciones al reinicio de las obras, este escrito tiene Registro de Entrada SCSG n.º 3640 del 24 de abril de 2020 Servicio de Infraestructuras.

Tercero.- Con fecha 30 de abril de 2020, siguiendo las directrices del Jefe de Servicio de Infraestructuras se notificó a la Dirección Facultativa la negativa de la empresa adjudicataria de la obra de la firma del Acta de Reinicio.

Cuarto.- Con fecha 13 de mayo de 2020 y registro SCS/27816/2020 se recibió desde el Servicio de Contratación de Infraestructuras escrito en el que se solicitaba informe sobre los motivos por lo que el Acta de Reinicio no está debidamente firmada por el contratista».

Concluyendo el Servicio de Infraestructuras en su informe que: *«Como queda expuesto, al contratista se le envió el Acta de Reinicio para recoger su firma, a lo que se negó y siguiendo directrices del Jefe de Servicio se envió al Órgano de contratación únicamente con la firma de la Dirección de obra y del Jefe de Servicio de Infraestructuras».*

Este informe fue remitido a la empresa contratista de las obras mediante oficio del Servicio de Contratación de Infraestructuras de fecha 27 de mayo de 2020, para su conocimiento y a los efectos oportunos, al tiempo que se les instó al cumplimiento de lo acordado en la Orden n.º 250/2020, de fecha 21 de abril de 2020, del Consejero de Sanidad, por la que se acuerda el levantamiento de la suspensión temporal total de las obras.

1.16.- Con fecha de entrada 9 de junio de 2020, se recibe nuevo escrito de la UTE (...), de fecha 8 de junio y asunto: *«Afecciones a la Reanudación de las obras e incidencias durante la ejecución del contrato»*, por el que la misma se «opone al Informe, considerando que nos encontramos ante un supuesto de modificación y al ser unidades nuevas, no pueden imponerse al contratista si no hay voluntad de

tramitar el expediente de modificación del contrato», todo ello y de manera resumida en base a:

«1.- En primer lugar, no es discutible que estamos ante un cambio de organización y de introducción de nuevas unidades, que dan lugar a precios contradictorios.

(...)

2.- El contratista tiene derecho a la prestación que efectivamente realice (art. 102.1 LCSP) y en este ámbito se incluye la totalidad de medios que se implanten en materia de seguridad y salud en obra y la repercusión de una nueva organización de trabajos, por lo que no puede estarse y no el artificialmente reconocido y ajeno a la realidad de lo ejecutado, que no deja de ser un capítulo que resulta de aplicar un mero porcentaje sobre el presupuesto de las obras: Es evidente que las nuevas medidas no fueron consideradas en el Estudio de Seguridad y Salud, pero son necesarias, no duplicando conceptos.

(...)

3.- En otro orden de cosas, resulta innegable que nos encontramos ante una circunstancia sobrevenida e imprevisible y, por ende, estamos en el supuesto de hecho previsto en el art. 205.2 LCSP para modificar (...)

(...)

4.- Tampoco es de aplicación el principio de riesgo y ventura, habida cuenta de que el contratista no tiene que asumir las alteraciones e incidencias que se puedan producirse, procediendo el equilibrio económico del contrato, dada la naturaleza de las circunstancias que lo han alterado, no puede restablecerse mediante este mecanismo, puede compensarse al contratista al amparo de la doctrina de riesgo imprevisible o la de factum principis :

(...)

Como consecuencia de lo anterior, la Administración debe tramitar el procedimiento ad hoc, sea por resolución de incidencias o modificación del contrato:

** Por aplicación del artículo 97 del RGCAP:*

(...)

** En cumplimiento del artículo 242.4 LCSP*

(...)».

Para terminar, solicitando:

«Tenga por presentado este escrito con su documento adjunto; por hechas las anteriores manifestaciones y por reiteradas las peticiones del escrito de 24 de abril de 2020 y por mostrada oposición al informe del Servicio de Infraestructuras del Servicio de fecha 13 de mayo de 2020».

1.17.- Por Orden del Consejero de Sanidad nº 398/2020, de fecha 17 de junio de 2020, se aprobó el Proyecto Modificado nº 1 del contrato de obras consistentes en la ejecución de «Obras del Centro de Salud de Valverde - El Hierro», constituido por el proyecto de instalaciones, por un presupuesto de ejecución de 68.317,40 €, IGIC incluido. Así mismo por dicha Orden se inició la tramitación del expediente Modificado nº 1 del contrato de las citadas Obras, así como se autorizó la prórroga del plazo de ejecución por un periodo de tres meses y trece días, desde el 17 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2020.

Mediante escrito de 22 de junio de 2020 del Servicio de Contratación de Infraestructuras en virtud de lo establecido en el art. 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se procedió a notificar la Orden citada a la empresa contratista de las obras, al tiempo que siendo necesaria la modificación del contrato, se procedió a dar trámite de audiencia por un plazo de CINCO (5) DÍAS HÁBILES, a los efectos que manifestasen expresamente su conformidad o disconformidad con la referida modificación. Y, por último, en relación con la ampliación del plazo de ejecución, se adjuntó adenda de formalización de la referida ampliación para su suscripción por duplicado por el representante legal de la UTE (...)-(...) y posterior remisión a los efectos de recabar la firma del órgano de contratación.

Con la misma fecha, la empresa contratista mediante correo electrónico acusa recibo de la notificación anterior.

1.18.- Mediante escrito de fecha 22 de junio de 2020 del Servicio de Contratación de Infraestructuras, se dio respuesta a la contratista de las obras a lo manifestado en su escrito con entrada 9 de junio de 2020, detallado en el antecedente de hecho Décimo Séptimo, en el sentido siguiente:

«Por medio del presente, nos remitimos a lo informado por la Abogacía del Estado en informe de fecha 1 de abril de 2020 relativo a la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, en el que con carácter previo, establece como premisa inicial que: “el art. 34 del RDL 8/2020, que es norma especial y se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos” y, por tanto, y mientras dure el estado de alarma, “la legislación ordinaria de contratos públicos solo será aplicable para resolver una incidencia contractual relacionada con el Covid-19 cuando no se oponga al RDL 8/2020 y a los principios que lo inspiran”. Como este Centro Directivo ha afirmado en anteriores ocasiones, el Real Decreto-ley 8/2020 de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante

la crisis sanitaria derivada del COVID- 19)", por lo que su contenido ha de considerarse de aplicación preferente mientras dure el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo."

Y en particular, en relación con los contratos de obras, concluye que:

(...)

"En cuanto a los efectos de la suspensión de los contratos de obras, los conceptos indemnizatorios serán únicamente los conceptos mencionados en el párrafo quinto del artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020.

Además, conforme al último párrafo del artículo 34.3 del RDL 8/2020, en los contratos de obras es requisito para reconocer la indemnización que se hayan cumplido las "obligaciones laborales y sociales" y las obligaciones de pago a subcontratistas y suministradores".

No se formulan observaciones en cuanto a las consideraciones del borrador de informe relativas a la falta de equiparación de la situación de hecho por el Covid-19 al concepto de "fuerza mayor" o de "circunstancia imprevisible" a los efectos de, respectivamente, amparar una modificación del contrato de obras con base en el anterior artículo 107 del anterior TRLCSP o del 205 vigente de la LCSP, y que se justifican en el borrador por las siguientes razones:

- Porque el artículo 34 del RDL 8/2020 excluye que la situación de hecho por el Covid-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor; de ahí que no lo califique como tal y que expresamente declare inaplicables los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor.

- Porque la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del Covid-19 no permite que, por la vía de la modificación del contrato, se acaben renegociando los contratos de obra y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020.

E igualmente se comparte el criterio relativo a la incidencia del Covid-19 sobre el plan de seguridad y salud en el trabajo de la obra correspondiente (artículo 7 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción): "se estima que todas las medidas de policía sanitaria aprobadas por el Gobierno deben entenderse automáticamente incorporadas al citado Plan, sin necesidad de que el contratista presente a la Administración una propuesta de modificación de este.

Así como ya expusimos en nuestro escrito de fecha 27 de mayo de 2020, les instamos al cumplimiento de la Orden n.º 250/2020, de fecha 21 de abril de 2020, del Consejero de Sanidad, que acordó el levantamiento de la suspensión temporal total de las obras, sin

perjuicio de las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento dentro de los plazos establecidos en la misma».

1.19.- En relación con la Orden n.º 398/2020, de fecha 17 de junio de 2020, por la que se aprobó el Proyecto Modificado nº 1 del contrato de obras consistentes en la ejecución de «*Obras del Centro de Salud de Valverde - El Hierro*», constituido por el proyecto de instalaciones, se inició la tramitación del expediente Modificado n.º 1 del contrato de las citadas Obras, así como se autorizó la prórroga del plazo de ejecución por un periodo de tres meses y trece días, desde el 17 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2020, la empresa contratista de las obras presentó escrito con fecha de registro de entrada 26 de junio de 2020, bajo el asunto: «*Oposición a la tramitación de modificado e imposibilidad de formalización de adenda. Resolución de procedimiento sobre incidencias y peticiones conexas durante la ejecución del contrato*», por medio del cual solicitan:

«1.- Por reiteradas las manifestaciones y peticiones de fecha 24 de abril y 4 de junio de 2020, siendo precisa la tramitación de expediente de modificación del contrato por las variaciones del Plan de Seguridad y Salud e incremento presupuestario que no se relaciona ya con la declaración del estado de alarma, sino con la crisis sanitaria que obliga a adoptar en la organización de los trabajos a la nueva realidad, así como a la implantación de medidas de seguridad que suponen la alteración de las inicialmente previstas.

2.- Por puesta de manifiesto la imposibilidad de suscribir adenda n.º 5 por no ajustarse a la realidad y ello como consecuencia, tanto por la situación de paralización que afectan a las obras siendo necesario la aprobación de expediente de modificación, donde no se ha podido llevar a cabo de forma efectiva la reanudación, como por la ralentización que afecta el mercado de suministros pero, sobre todo, por la necesidad de adoptar la organización de los trabajos a la nueva realidad, con pérdida de rendimientos.

3.- Por solicitado se nos notifique la Orden del Consejero de Sanidad n.º 398/2020, la cual se menciona en el borrador de adenda que es objeto de contestación mediante el presente escrito.

4.- Por mostrada oposición a la mencionada Orden del Consejero de Sanidad n.º 398/2020, de fecha 17 de junio, sin perjuicio de ampliación de alegación en cuanto nos den traslado de la misma, ya que el proyecto modificado debe incorporar y reflejar la repercusión económica que conlleva la necesidad de adaptarse a la realidad y reflejar la alteración que supone la organización de los trabajos ajustada a la nueva realidad, así como la implantación de medidas de seguridad no previstas inicialmente en el Estudio de Seguridad y Salud y, por consiguiente, el Plan de Seguridad y Salud.

5.- Tenga por solicitado la incoación y tramitación de procedimiento de interpretación del contrato y resolución de incidencias conforme a los artículos 191 LCSP y 97 del RGCAP.

6.- Se tramite el procedimiento de modificación el contrato en cumplimiento de lo previsto en los artículos 205 y 242 LCSP».

1.20.- A la vista de lo que antecede, mediante escrito del Servicio de Contratación de Infraestructuras de fecha 7 de julio de 2020, y sin entrar en el fondo de lo solicitado, se dio traslado a la contratista de las siguientes observaciones:

«Por una parte, en los antecedentes citados en dicha solicitud se omite nuestro escrito de fecha 22 de junio de 2020, n registro de salida 267839/SCS/50987 en respuesta a su escrito n.º de registro de entrada SCSG/4929 de fecha 9 de junio de 2020, por el que reiteran la oposición a la Orden del Consejero de Sanidad n.º 250/2020, de fecha 21 de abril de 2020, por la que se acordó el levantamiento de la suspensión temporal total del contrato de obras. Dicho escrito fue notificado mediante correo electrónico de fecha 22 de junio de 2020, del que recibimos confirmación de recepción por esa UTE igualmente por correo electrónico en la misma fecha.

Por otra parte, en relación con su solicitud de notificación de la Orden del Consejero de Sanidad nº 398/2020, de fecha 17 de junio, relativa a la aprobación del Proyecto Modificado n º 1 de las "Obras del Centro de Salud de Valverde - El Hierro", por la que se inicia la tramitación del expediente Modificado nº 1 del contrato de las citadas obras y por la que se autoriza la prórroga del plazo de ejecución por un periodo de tres meses y trece días, desde el 17 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2020, de la que se alega desconocimiento, indicar que dicha Orden fue notificada mediante escrito de fecha 22 de junio de 2020, número de registro de salida 267913 / SCS / 51002 / 2020, enviado por correo electrónico de la misma fecha, acusándose recibo por esa empresa mediante correo de 22 de junio de 2020. Y en relación con la notificación de referencia, señalar que por medio de la misma se les ha dado trámite de audiencia al inicio del procedimiento de modificación del contrato para la ejecución del proyecto Modificado N.º 1 de las obras».

1.21.- Nuevamente con fecha 13 de julio de 2020 tiene entrada escrito de la UTE (...)-(...), bajo el asunto: «Reiteración de oposición a tramitación de modificado e imposibilidad de formalización de adenda: Insuficiencia de nuevas unidades que se prevén en modificación y precios contradictorios». En dicho escrito se solicita:

«1. Reiteración de las manifestaciones y peticiones de fecha 24 de abril, 4 y 25 de junio de 2020.

2. Puesta de manifiesto de la insuficiencia del proyecto vigente que se nos trasladan para cubrir las necesidades reales de las obras, ante las circunstancias sobrevenidas que hemos venido advirtiendo durante los últimos meses.

3. *Disconformidad con el proyecto modificado como consecuencia de la alteración de las circunstancias surgidas desde marzo de 2020 y sobre coste de la forma de ejecución que afectará a las partidas nuevas y no aceptación de los precios contradictorios objeto de su notificación, debiendo proceder a la ampliación de la modificación del contrato en los términos instados.*

4. *Disconformidad con el documento de adenda puesto de manifiesto y reiterado la oposición a la fecha de terminación y el mantenimiento de la situación de paralización como consecuencia de la necesidad de aprobación de modificación del contrato».*

1.22.- De acuerdo con la propuesta del Servicio de Infraestructuras de fecha 9 de septiembre de 2020, mediante Orden nº 636/2020 del Consejero de Sanidad de fecha 25 de septiembre de 2020 se inició expediente de reajuste de anualidades del contrato n.º 23/T/18/OB/CO/A/0001 «Obras del Centro de Salud de Valverde-El Hierro», a favor del licitador U.T.E. (...) - (...) (UTE (...)) con NIF (...), con la siguiente distribución del importe:

ANUALIDADES	IMPORTE S/IGIC	IGIC	TOTAL
2018 (7% IGIC)	180.142,16	12.609,95	192.752,11
2019 (6,5% IGIC)	484.923,42	31.520,02	516.443,44
2020 (6,5% IGIC)	174.368,41	12.205,79	186.574,20
2021 (7% IGIC)	1.311.973,76	91.838,16	1.403.811,92
2021 LIQUIDACIÓN 10%	215.140,77	15.059,85	230.200,62
TOTAL CON LIQUIDACIÓN	2.366.548,52	163.233,77	2.529.782,29

Evacuado el trámite de audiencia la empresa contratista U.T.E. (...) - (...) (UTE (...)), mediante escrito de fecha de entrada 30 de septiembre de 2020, manifestó su disconformidad con el reajuste de anualidades propuesto. No obstante lo anterior, dado que existen razones excepcionales de interés público que determinan la suficiencia del trámite de audiencia del mismo, toda vez que tal y como ya se ha expuesto, ante la negativa de la contrata al reinicio de las obras tras el levantamiento de la suspensión, de la anualidad presupuestaria prevista para 2020 por importe de 1.453.073,12 euros a fecha de septiembre de 2020 ha certificado la cantidad de 186.574,20 euros lo que representa un 12,84 %, que implica que si no se aprobara el reajuste de anualidades, el resto del importe comprometido para el ejercicio 2020 por importe de 1.266.498,92 € se perderían al cierre del ejercicio

presupuestario 2020, quedando sin crédito el contrato de obras con las consecuencias que ello conlleva.

A la vista de lo que antecede, por Orden del Consejero de Sanidad n.º 703/2020, de fecha 19 de octubre de 2020, se aprobó el expediente de reajuste de anualidades del contrato citado de acuerdo con la distribución del importe por anualidades recogido en la referida Orden de inicio con n.º 636/2020.

1.23.- Mediante informe del Servicio de Infraestructuras de fecha 30 de septiembre de 2020 se eleva propuesta de resolución del contrato n.º 23/T/18/OB/CO/A/0001 «Obras del Centro de Salud de Valverde-El Hierro», en base a las siguientes consideraciones:

« (...)

2.1.- Considerando que los responsables de seguridad y salud de la obra han elaborado un anexo al plan de seguridad y salud y que la empresa constructora dispone de los equipos de protección individuales y colectivos necesarios para garantizar la seguridad de todos los agentes intervinientes en la obra frente al riesgo de contagio del coronavirus Covid19.

2.2.- Considerando que dicho anexo al plan está informado favorablemente por el Coordinador de Seguridad y Salud de las obras.

2.3.- Considerando que a esta obra no le es de aplicación la orden SND/340/2020 de 12 de abril, por la que se suspenden determinadas actividades relacionadas con obras de intervención en edificios existentes en las que exista riesgo de contagio por el COVID- 19 para personas no relacionadas con dicha actividad al tratarse de una obra de nueva planta.

2.4.- Considerando que la empresa constructora se ha opuesto al reinicio de las obras una vez acordada mediante Orden del Consejero el levantamiento de la suspensión temporal total.

2.5.- Considerando que se dio conformidad a la autorización de inicio de la modificación de contrato y continuidad provisional de las obras según la propuesta de la Dirección Facultativa y que se negaron a la firma de la addenda dejando sin plazo la obra.

2.6.- Desde abril a junio se han recibido, por parte de la contrata, diversos escritos en los que argumenta la imposibilidad de reiniciar las obras sin la modificación del contrato, que según dicha contrata es necesaria, a dichos escritos

se ha contestado desde el Servicio de Infraestructuras y desde el Servicio de Contratación de Infraestructuras rebatiéndoles todos los argumentos presentados».

Informando que:

«3.1.- Estimando que se dan las condiciones para continuar ejecutando los trabajos correspondientes a las obras de referencia, extremando las medidas de seguridad para evitar contagios del covid19 en el centro de trabajo.

3.2.- El órgano de contratación ha dictado Orden para el levantamiento de la suspensión Temporal Total y la empresa unilateralmente, sin el apoyo de la DF (que firmó el acta de reinicio) la ha paralizado.

3.3.- La empresa Constructora se ha opuesto a la Orden por la que se aprobó el modificado nº 1 y se ampliaba el plazo de la obra hasta el 31/12/2020 pero al negarse a firmar la addenda nos encontramos actualmente fuera de plazo.

3.4.- Desde este Servicio se considera que no existe justificación al incumplimiento del reinicio de las obras por los puntos expuestos en sus escritos».

Para finalmente concluir, elevando la siguiente propuesta: *«Eleva al órgano de contratación para su aprobación si procede:*

La resolución del contrato basándonos en el incumplimiento del punto 30.2. del PCAP de este contrato de obras, ya que el contratista se ha negado a reiniciar las obras y que la empresa constructora dispone de los equipos de protección individuales y colectivos necesarios para garantizar la seguridad de todos los agentes intervinientes en la obra frente al riesgo de contagio del coronavirus Covid19.

30.2.- del PCAP: Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, el órgano de contratación podrá optar, indistintamente, por su resolución o por imponer las siguientes penalidades: (art. 212.7 TRLCSP):

- En caso de producirse el abandono o paralización unilateral de las obras por el contratista sin la conformidad del órgano de contratación e informe de la Dirección facultativa de las obras, el órgano de contratación podrá optar, indistintamente, por su resolución o por penalizar descontándole del precio del contrato una cantidad equivalente a 0,5 por cada 601,01 euros del precio del contrato, por cada día de retraso».

2. En cuanto a los trámites del procedimiento de resolución contractual, se han llevado a cabo los siguientes:

2.1.- Mediante Orden 778/2020, de 10 de noviembre, de la Consejería de Sanidad, se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato

administrativo de las obras del expediente n.º 23/T/18/OB/CO/A/0001 destinado a la ejecución de las «Obras del Centro de Salud de Valverde - El Hierro», adjudicado al licitador U.T.E. (...)-(...) (UTE (...)) con NIF (...), en virtud del artículo 223.h) del TRLCSP y en la cláusula 30.2 del PCAP por la paralización unilateral de las obras por el contratista sin la conformidad del órgano de contratación e informe de la Dirección facultativa de las obras y se notifica y concede trámite de audiencia por plazo de 10 días naturales al citado contratista así como a la entidad avalista (...), a fin de que manifestaran las alegaciones que a su derecho conviniera.

2.2.- La entidad avalista (...) no presenta alegaciones durante el plazo conferido el trámite de audiencia.

2.3.- Mediante escrito nº 1627092/ SCSG/10419 de fecha 19/11/2020 (compuesto por sendos escritos fechados el 17/11/2020 y el 23/11/2020) la U.T.E. (...)-(...) (UTE (...)), formula las alegaciones que estima oportuno y se opone a la resolución del contrato solicitando:

«1. Se declare la nulidad del procedimiento y retroacción de actuaciones, en tanto que no se ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 191 LCSP, tanto porque no existe acto administrativo que haya desestimado la oposición a la orden de reanudación de las obras y, a título ilustrativo, consta claramente la disconformidad a la reanudación de obra suspendida desde el 19 de marzo y respecto de informe técnico interno que disiente de las alegaciones de este contratista, así como por solicitud de tramitación de procedimiento de modificación de contrato y caducidad del aprobado mediante Orden nº 936/2019 de la Consejera de Sanidad de fecha 10 de diciembre de 2019, se autorizó la Redacción del Proyecto Modificado nº 1 de instalaciones.

2. Se declare la nulidad del procedimiento conforme al artículo 47.1 a) Ley 39/2015, por carecer de motivación y ocasionar indefensión al interesado.

3. Proceder "ad cautelam" a la OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSA DE IMPUTABLE A ESTE CONTRATISTA

4. Por formulada solicitud de declaración de resolución del contrato administrativo de conformidad al artículo 245 c) LCSP por transcurso de un período de suspensión del contrato por período superior a ocho meses como consecuencia de la negativa de la Administración a la tramitación del modificado que contemple la nueva organización y los equipos de protección de individual y colectivo, que en cualquier caso no se pueden exigir al contratista, ya que constituye una unidad no prevista en contrato y debía aprobarse por la Administración en el marco de una de modificación del contrato y que es camino crítico e impide ejecutar las obras objeto del proyecto primitivo.

5. Proceda a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas, incluyendo materiales acopiados, fijando el saldo pertinente a favor del contratista, citando éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición de conformidad a lo previsto en el artículo 246.1 LCSP.

6. Proceda a la indemnización de daños y perjuicios por daño emergente, que resulte como consecuencia de la resolución del contrato y que se cuantificará y les pondrá de manifiesto en un período de tiempo prudencial y al beneficio industrial dejado de percibir conforme al artículo 246.4 LCSP, que suma la cantidad de 78.724,25€ in incluir IGIC.

7. Tenga por solicitada la devolución y cancelación de la garantía definitiva constituida en su momento, más los costes de mantenimiento que se devengan a fecha del presente escrito.

8. Subsidiariamente, se dé cumplimiento a las peticiones que se ha venido formulando, concretamente de fecha 24 de abril, 4 y 25 de junio, 10 de julio, 29 de septiembre y 3 de noviembre de 2020, tramitando una nueva modificación.

Por efectuada expresa reserva de reclamación de sobrecostes y daños y perjuicios como consecuencia de la ralentización y prolongación del plazo y por existencia de suspensión temporal.

OTROSI DIGO: Ad cautelam, Que se solicita se incluya la totalidad de escritos, documentos y peticiones presentados por la UTE contratista desde marzo de 2020 a efectos de su examen por el órgano consultivo».

2.4.- Con fecha 29 de noviembre de 2020 y registro interno nº SCS/81729/2020, el Servicio de Infraestructuras emite informe en los siguientes términos sobre las alegaciones formuladas por la contratista citadas en el antecedente anterior:

Con relación a los puntos 4, 5, 6, 8 y 9 (del escrito fechado el 23/11/2020) se expone lo siguiente:

« (...)

4. (...) La Orden del Consejero de Sanidad Nº: 778/2020 resuelve el inicio del expediente de resolución del expediente n.º 23/T/18/OB/CO/A/0001 destinado a la ejecución de las "Obras del Centro de Salud de Valverde-El Hierro", adjudicado al licitador U.T.E. (...)-(...) (UTE (...)) con NIF (...), en virtud del artículo 223.h) del TRLCSP y en la cláusula 30.2 del PCAP por la paralización unilateral de las obras por el contratista sin la conformidad del órgano de contratación e informe de la Dirección facultativa de las obras, y no por la suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, ya que la contrata se negó al cumplimiento de lo acordado en la Orden n.º 250/2020, de fecha 21 de abril de 2020, del Consejero de Sanidad, por la que se acordó el levantamiento de la

suspensión temporal total de las obras, alegando la necesidad de proceder a la tramitación de un expediente de modificación del contrato por las variaciones del Plan de Seguridad y Salud e incremento presupuestario; a lo que la Administración entendió que en función de lo expuesto en el informe de la Abogacía del Estado, de fecha 1 de abril de 2020, emitido ante la consulta sobre la interpelación y aplicación del artículo 34 de RDL 8/2020, de 17 de marzo, en concreto sobre la incidencia del COVID-19 sobre el Plan de Seguridad y Salud en las obras, en el que se estimaba que todas las medidas de policía sanitaria aprobadas por el Gobierno debían entenderse automáticamente incorporadas al citado Plan, sin necesidad de que el contratista presente a la administración una propuesta de modificación de este.

5. (...) En estos momentos, en cumplimiento de la Orden del Consejero de Sanidad N°: 778/2020 y del artículo 246.1 de la LCSP, desde este Servicio se está tratando de fijar una fecha, tanto con la Dirección facultativa de la obra como con la contrata, para poder proceder a realizar la citación formal al contratista, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición, para que posteriormente una vez que la Dirección Facultativa de la obra realice relación valorada de la obra fijando los saldos pendientes a favor o en contra del contratista, poder llevar a cabo la comprobación material del gasto con el representante de la Intervención General, que tendrá por finalidad constatar materialmente el gasto realizado, la realidad física y efectiva del mismo y su adecuación al acto administrativo del que deriva, según Resolución de 29 de marzo de 2016, sobre el desarrollo de la función de comprobación material del gasto, de la Intervención General, de la Consejería de Hacienda, que en su Disposición General Décima instruye que “En los supuestos de comprobación material de obras en los que proceda la liquidación del contrato por nulidad, la convocatoria de la persona representante de la Intervención General, al acto de comprobación, deberá efectuarse una vez que el órgano gestor haya procedido a la medición de las obras y con anterioridad a la notificación de la misma al contratista”.

6. (...) La Orden del Consejero de Sanidad N°: 778/2020, resuelve el inicio de resolución del expediente n° 23/T/18/OB/CO/A/0001 destinado a la ejecución de las “Obras del Centro de Salud de Valverde - El Hierro”, adjudicado al licitador U.T.E. (...)-(...) (UTE (...)) con NIF (...), en virtud del artículo 223.h) del TRLCSP y en la cláusula 30.2 del PCAP por la paralización unilateral de las obras por el contratista sin la conformidad del órgano de contratación e informe de la Dirección facultativa de las obras, y no por desistimiento de la Administración una vez iniciada la ejecución de las obras, o de suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, por lo que entendemos que el contratista no tendrá derecho a percibir ninguna indemnización de daños y perjuicios por daño emergente.

8. (...) a la vista de lo informado por la Abogacía del Estado, la incidencia del COVID-19 sobre el plan de seguridad y salud en el trabajo de la obra, se considera que todas las medidas de policía sanitaria aprobadas por el Gobierno, se entienden automáticamente

incorporadas al citado Plan, sin necesidad de que el contratista presente a la Administración una propuesta de modificación de este”.

9. (...) Hasta que no presenten la reclamación de sobrecostes y daños y perjuicios como consecuencia de la ralentización y prolongación del plazo de la obra, en base al artículo 208 de la LCSP, no podremos informar sobre la procedencia o no de la misma. En relación a la reclamación de sobrecostes y daños y perjuicios como consecuencia de la suspensión temporal (COVID-19), una vez que presenten la misma, le será de aplicación el artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 que en su punto 3, recoge el reconocimiento a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la suspensión temporal total de las obras, indicando que el mismo únicamente tendrá lugar cuando el contratista adjudicatario principal acredite fehacientemente que se cumplen las siguientes condiciones:

- Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.

- Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017.

Y que solo se indemnizarán los siguientes conceptos:

1.º Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

Los gastos salariales a abonar, siguiendo el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados en otros ámbitos de la negociación colectiva, serán el salario base referido en el artículo 47.2.a del convenio colectivo del sector de la construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, y las gratificaciones extraordinarias del artículo 47.2.b, y la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción.

Los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución antes del 14 de marzo y continúa adscrito cuando se reanude.

2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al

coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.

4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato».

En cuanto a la alegación contenida en el escrito de la contratista de 17/11/2020, consistente en solicitud de suspensión del procedimiento de resolución contractual, este informe del Servicio de Infraestructuras considera que no es de su competencia porque los argumentos esgrimidos por la contratista son de naturaleza jurídica y no técnica.

En cuanto a las alegaciones contenidas en el escrito de la contratista de 23/11/2020, en sus puntos 1 (la declaración de nulidad del procedimiento y retroacción de actuaciones por no cumplirse con el procedimiento del art. 191 LCSP - en opinión del contratista, por no haberse procedido a efectuar previamente un procedimiento de modificación contractual o de aprobación de precios contradictorios y la existencia de discrepancias en la interpretación del contrato no resueltas previamente con arreglo al procedimiento para ello establecido legalmente-), en su punto 2 (declaración de nulidad del procedimiento de resolución contractual por carecer de motivación y ocasionar indefensión al interesado), punto 3 (oposición a la resolución porque no existe causa imputable al contratista -afección al contrato de las consecuencias del Covid-19 sin resolver, existencia de alteraciones al contrato relativas a seguridad y salud, incumplimientos de la Administración y situación de paralización de hecho no unilateral-) y punto 7 (devolución y cancelación de la garantía definitiva), el informe del Servicio de Infraestructuras considera que tampoco son de su competencia porque son de naturaleza jurídica y no técnica.

No consta que este informe, en el que se basa la Propuesta de Resolución para desestimar parte de las alegaciones de la contratista, haya sido sometido al trámite de audiencia, inmediatamente antes de redactarse la citada Propuesta de Resolución, lo que le causa indefensión a la contratista y a su avalista.

2.5.- Finalmente, se redacta Propuesta de Resolución, en forma de Borrador de Orden, sin que conste la fecha, pero que es informada conforme a Derecho por la Letrada habilitada del Servicio Jurídico de fecha 28 de enero de 2021.

III

1. El Borrador de Orden acuerda la resolución del contrato de obras que nos ocupa, también acuerda que se dicten los actos conducentes a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pendientes a favor o en contra del contratista, así como a la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios que proceda por incumplimiento del contratista y de los que deba responder la garantía definitiva, acordando la incautación de esta última, así como proceder a la exigencia de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración en pieza separada.

2. Sin embargo, por una parte, el Borrador de Orden no da respuesta a todas y cada una de las alegaciones presentadas por el contratista, con una exposición razonada de los motivos para desestimarlas.

Así, como hemos visto, el Informe del Servicio de Infraestructuras de 29 de noviembre de 2020, da respuesta a los puntos 4, 5, 6, 8 y 9 del *petitum* de la contratista contenido en su escrito de alegaciones de 23 de noviembre de 2020, pero no responde ni a las alegaciones del escrito de la contratista de fecha 17 de noviembre de 2020, ni a los puntos 1, 2, 3 y 7 del *petitum* de la contratista contenido en su escrito de alegaciones de 23 de noviembre de 2020.

Pues bien, el Borrador de Orden incorpora, en su Antecedente Vigésimo octavo, el contenido de la respuesta del citado informe del Servicio de Infraestructuras de 29 de noviembre de 2020 a las alegaciones de la contratista relativas a los puntos 4, 5, 6, 8 y 9 del *petitum* de su escrito de alegaciones de 23 de noviembre de 2020. Respecto a los puntos 1, 2, 3 y 7 del *petitum* del escrito de alegaciones de la contratista de 23 de noviembre de 2020, se limita a señalar al final de dicho Antecedente que «*se está a lo señalado en este informe en los puntos décimo, décimo primero, décimo segundo, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto*», siendo el contenido de estos puntos de los Antecedentes del Borrador de Orden - suponemos que se refiere a ellos-, una mera descripción de escritos presentados por el contratista con motivo de la suspensión de las obras en unos casos, de informes de la Administración respondiendo a dichos escritos, de resoluciones o actuaciones de la Administración sobre dicha suspensión o su levantamiento, pero sin referirse explícitamente a estas últimas alegaciones de la contratista, ni argumentar jurídicamente su desestimación expresa.

En los Fundamentos de Derecho del Borrador de Orden tampoco se da respuesta expresamente a las alegaciones de la contratista, pues en ellos se limita a citar la legislación aplicable a las resoluciones contractuales, la causa de la resolución contractual (abandono o paralización unilateral de las obras por el contratista sin la conformidad del órgano de contratación, e incumplimiento del plazo de ejecución del contrato) y los correspondientes preceptos del TRLCSP y cláusulas del PCAP que se consideran incumplidas, así como los efectos de la resolución respecto a la garantía definitiva y la indemnización por daños y perjuicios a la Administración por la resolución contractual por causa imputable al contratista. Aun cuando de alguno de los argumentos pudiera inferirse una respuesta parcial a alguna de las alegaciones del contratista, lo cierto es que no existe pronunciamiento expreso sobre las mismas, sino únicamente las reproducidas del informe del Servicio de Infraestructuras de 29 de noviembre de 2020 en el citado Antecedente vigésimo octavo del Borrador de Orden.

3. Por otra parte, el informe del Servicio de Infraestructuras de 29 de noviembre de 2020, en el que se basa una parte de las respuestas del Borrador de Orden a las alegaciones de la contratista, es posterior a las alegaciones mismas, por lo que ni la contratista, ni su avalista, han tenido conocimiento de este informe, causándoles indefensión al no haberse dado trámite de audiencia tras la emisión del mismo.

4. Por lo tanto, este Consejo no puede entrar en el fondo del asunto porque del análisis del expediente se aprecia que ni la contratista -ni el avalista- han tenido conocimiento del informe del Servicio de Infraestructuras de la Consejería de 29 de noviembre de 2020, lo que, por producir indefensión, vicia el procedimiento de nulidad.

En efecto, lo que se le dio inicialmente a la contratista y al avalista fue el trámite de audiencia, al que compareció la contratista presentando alegaciones. Sin embargo, con posterioridad se emitió el citado Informe del Servicio de Infraestructuras sobre el escrito de alegaciones de la contratista, en el que se basa el Borrador de Orden para desestimar una parte de las alegaciones presentadas y, en definitiva, para resolver el contrato, debiendo haberse dado, tal como preceptúa el art. 82 LPACAP, trámite de audiencia, ya que, según el apartado 4, únicamente se podrá prescindir del mismo cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

Asimismo, el Borrador de Orden tampoco da respuesta a todas las alegaciones efectuadas por la contratista, lo que le causa igualmente indefensión, pues conforme a lo dispuesto en el art. 88 LPACAP, la resolución que ponga fin al procedimiento debe decidir sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados.

Tales omisiones constituyen un defecto de forma que produce indefensión, cuya consecuencia es irremediablemente la nulidad de lo actuado.

5. Como hemos dicho en distintas ocasiones (ver por todos los recientes Dictámenes 202/2019, de 23 de mayo; 158/2019, de 29 de abril, y 454/2019, de 5 de diciembre), en palabras del Tribunal Supremo, « (...) *los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite.*

De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses» (STS de 11 de noviembre de 2003).

En el presente caso, el desconocimiento del informe del Servicio de Infraestructuras de 29 de noviembre de 2020 y la ausencia de respuesta a otras alegaciones de la contratista en el Borrador de Orden, provoca a la empresa adjudicataria y al avalista una limitación de los medios de alegación y, en consecuencia, de defensa de sus derechos e intereses, pues en el citado informe se realizan una serie de aseveraciones que no han podido ser contestadas por los interesados, lo que les produce indefensión.

Además, tampoco hay contestación a varias de las alegaciones de la contratista, como hemos detallado en el fundamento anterior, cuestiones que son clave también para constatar la concurrencia de la causa de resolución alegada.

En consecuencia, procede que, conservando los actos y trámites practicados, se retrotraigan las actuaciones para someter todo el expediente al trámite de vista y audiencia al contratista, así como al avalista, tras lo cual, una vez recibidas las alegaciones, en su caso, de éstas, o transcurrido el plazo sin que las hubieren efectuado, se habrá de elaborar una nueva Propuesta de Resolución en la que se dé respuesta detallada a estas alegaciones o a las anteriores que se hayan formulado en el procedimiento, a efectos de poder determinar el alcance del incumplimiento de la contratista y de evitarle indefensión, tras lo cual deberá solicitarse de nuevo el preceptivo Dictamen de este Consejo.

CONCLUSIÓN

El Borrador de Orden sometido a Dictamen no resulta conforme a Derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones del procedimiento en los términos señalados en el Fundamento III.