



Exp. Junta Consultiva: RES 3/2021

Resolució de la sol·licitud de suspensió

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

Òrgan de contractació: Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: M. Polo, SL

Resolució de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 4 de març de 2021

Atesa la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual es va acordar incautar parcialment la garantia constituïda en el contracte mixt d'elaboració de projecte i execució d'obres de construcció i adequació de l'espai destinat al servei de radiologia de l'Hospital General Mateu Orfila, SL, que l'empresa contractista, M. Polo, SL, ha plantejat en el recurs especial en matèria de contractació, la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa resol el següent:

Fets

De l'expedient que l'òrgan de contractació ha tramès fins a dia d'avui — que està incomplet i s'ha requerit que es completi — , s'extreuen els següents fets d'interès:

1. El 8 de maig de 2015, el Servei de Salut de les Illes Balears i l'empresa M. Polo, SL, varen formalitzar el contracte mixt d'elaboració de projecte i execució d'obres de construcció i adequació de l'espai destinat al servei de radiologia de l'Hospital General Mateu Orfila, de Menorca, d'acord amb els plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques prèviament aprovats.

La contractista, M. Polo, SL, (en endavant, M. Polo o la recurrent), havia constituït la corresponent garantia definitiva, per import de 42.692,77 euros.

En la clàusula 6 del contracte subscrit es va preveure, que d'acord amb el PCAP, s'establí un termini de garantia de 24 mesos, comptadors des de la data de recepció de l'objecte del contracte, que afecta a les responsabilitats senyalades en l'article 100 del TRLCSP.

2. El 21 de juny de 2017, es va signar l'acta de recepció definitiva del contracte i es va donar per rebuda la prestació, començant a comptar el termini de garantia de 24 mesos.
3. El 16 de novembre de 2017, la UTE Servicios de Radiología y Oncología SLU y Servicios Integrales de Sanidad SL, adjudicatària del contracte de concessió del servei públic d'oncologia radioteràpica per a la població corresponent a les illes de Menorca, Eivissa i Formentera (exp. SSCC PA 31/2014), va presentar al Servei de Salut una reclamació econòmica per import total de 20.866,70 € (IVA inclos).

La UTE reclamant fonamentava la reclamació en defectes constructius en el bunker de radiologia de l'Hospital General Mateu Orfila, que afectaven, concretament, al blindatge i al sistema de passa cables, les quals va assumir per garantir la protecció radioactiva i assegurar la posada en marxa del servei.

4. El 6 d'abril de 2018, el Subdirector d'Infraestructures i Serveis Generals del Servei de Salut va emetre reclamació econòmica per deficiències en el blindatge del búnker de radiologia de l'Hospital Mateu Orfila de Menorca dirigida a M.Polo al qual li va concedir un termini per formular al·legacions.

L'administració fonamenta jurídicament la reclamació en les responsabilitats civils dels agents que intervenen en la construcció previstes en la Llei 38/1999, d'ordenació de l'edificació.

5. El 10 de maig de 2018, M.Polo va presentar escrit d'al·legacions en el qual negava la seva responsabilitat en les deficiències detectades.
6. El 6 de març de 2019 l'assessoria jurídica del Servei de Salut va emetre informe jurídic, en el que es conclou que s'havia d'estimar la reclamació econòmica de l'UTE pels costos assumits en els treballs de reforç del búnker de l'Hospital Mateu Orfila, que ascendeixen a 20.886,70 €, sense perjudici que el Servei de Salut pugui repercutir aquest cost a l'empresa constructora

M. Polo a través de la incautació parcial de la garantia definitiva fins a la finalització del termini de garantia del contracte.

7. El 17 de desembre de 2018, la UTE reclamant va interposar recurs contenciós administratiu contra la desestimació de la reclamació econòmica davant el Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (TSJIB) que va donar lloc al PO 673/2018.

M. Polo i la resta d'intervinents en el procés d'edificació no varen ser considerats parts interessades en el procediment contenciós administratiu.

8. El 16 de juliol de 2019, el TSJIB va dictar sentència estimatòria del recurs contenciós administratiu i va condemnar a l'Administració al pagament dels 20.866,70 € que la UTE havia reclamant.
9. L'11 de novembre de 2020, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució per la qual s'inicia el procediment d'incautació parcial de la garantia a M.Polo, per import de 20.886,70 € i a la devolució de la diferència, sense que hi hagi constància en l'expedient de la resolució prèvia de declaració de responsabilitat que li serveixi de fonament.

La Resolució es va notificar a M.Polo i a Isba, Sociedad de Garantia Recíproca, entitat avalista; a ambdues part es concedeix un termini d'audiència de cinc dies hàbils.

10. El 27 de novembre de 2020, M.Polo va presentar escrit d'al·legacions, oposant-se a la incautació i al seu import, per haver-se prescindit total i absolutament del procediment legalment per reclamar la indemnització de danys i perjudicis regulat en l'article 214 del TRLCSP i sense que s'hagués declarat prèviament la seva responsabilitat per les deficiències detectades en bunker. Amb aquests arguments, sol·licitava la nul·litat de tot allò actuat.
11. El 17 de desembre de 2020, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució, en el sentit següent:

1. Desestimar las alegaciones presentadas por M POLO SL con C.I.F. B60108214 en el procedimiento de incautación parcial de garantía por importe de de responsabilidad por los costes causados a la UTE Servicios de Radioterapia y Oncología SLU y Servicios Integrales de Sanidad SL en la ejecución del contrato mixto de elaboración del proyecto y ejecución de las obras de construcción y adecuación del espacio destinado al servicio de Radioterapia del 54/14, teniendo en cuenta que el importe de garantía constituida es de 42.692,77.

2. En consecuencia, proponer la devolución de la diferencia entre la incautación parcial (20.866,70€) y el importe total de garantía (42.692,77€) que es 21.826,07 €:

- Número de registro del aval: 2015/58
- Número de referencia: 230000002652
- Fecha Registro: 16 de febrero de 2015
- Importe: 21.826,07 €

3. Notificar esta resolución a las partes interesadas

Interposición de recursos

Contra esta Resolución, que agota la vía administrativa, cabe interponer el recurso especial en materia de contratación a que se refiere el artículo 66 de la Ley 3/2003, (...) En caso de que no se opte por esta vía, cabe interponer directamente un recurso contencioso-administrativo (...)

La Resolució es va notificar a la contractista el 21 de desembre de 2020.

12. El 21 de gener de 2021, M. Polo va presentar en el Registre Electrònic del Govern de les Illes Balears un recurs especial en matèria de contractació administrativa, davant el Servei de Salut de les Illes Balears, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, que es va rebre el 22 de febrer.

La recurrent sol·licita que es declari nul·la la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears, 17 de desembre de 2020, amb els arguments següents:

— Infracció de l'article 97 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, perquè el Servei de Salut de les Illes Balears va acordar l'incautació parcial de la garantia sense haver declarat prèviament la seva responsabilitat en les deficiències del bunker de radiologia de l'hospital.

— Infracció dels articles 100 i 102.5 del TRLCSP, atès que el termini de garantia va finalitzar el 20 de juny de 2019, un cop transcorreguts 24 mesos des de la data de recepció.

Subsidiàriament, la recurrent sol·licita que es declari que només ha de respondre, en concurs amb el Servei de Salut de les Illes Balears, per un defecte en el mur, la reparació del qual ascendeix a 2.946,93 euros.

I també sol·licita, a l'empara del que preveu l'article 117.2 de la LPACAP, la suspensió de l'acte impugnat fins que el TSJIB resolgui la sol·licitud de nul·litat de les actuacions en el procediment finalitzat amb l'esmentada

sentència núm. 337/2019 que va presentar l'11 de desembre de 2020. Tot això, per evitar els perjudicis que l'execució de la Resolució impugnada podria causar als seus interessos.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs es la resolució per la qual s'incauta parcialment la garantia d'un contracte mitxt, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Contra aquest acte es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant, LRJ-CAIB). La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

La competència de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa per resoldre el recurs especial en matèria de contractació comprèn també la facultat de suspendre l'execució de l'acte impugnat i, si n'és el cas, l'adopció de mesures cautelars. Aquesta facultat l'ostenta la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, per delegació de la Comissió Permanent, que es va acordar el 27 de setembre de 2019.

2. A les sol·licituds de suspensió dels actes administratius en seu del recurs especial en matèria de contractació de l'article 66 de la LRJ-CAIB, no les és d'aplicació l'article 43 del TRLCSP—vigent en el moment en que es va iniciar l'expedient de contractació—, sinó el règim jurídic previst en l'article 117 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPAC), que disposa el següent:

1. La interposició de qualsevol recurs, excepte en els casos en què una disposició estableixi el contrari, no suspèn l'execució de l'acte impugnat.

2. No obstant el que disposa l'apartat anterior, l'òrgan a qui competeix resoldre el recurs, amb la ponderació prèvia, suficientment raonada, entre el perjudici que

causaria a l'interès públic o a tercers la suspensió i l'ocasionat al recurrent com a conseqüència de l'eficàcia immediata de l'acte recorregut, pot suspendre, d'ofici o a sol·licitud del recurrent, l'execució de l'acte impugnat quan concorrin alguna de les circumstàncies següents:

- a) Que l'execució pugui causar perjudicis de reparació impossible o difícil.
- b) Que la impugnació es fonamenti en alguna de les causes de nul·litat de ple dret que preveu l'article 47.1 d'aquesta Llei.

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

Quan s'al·lega la concurrència d'una causa de nul·litat —com és el cas—, perquè es pugui adoptar la suspensió sol·licitada, el TS exigeix que la nul·litat sigui evident o manifesta, de tal manera que s'aprecii, almenys amb caràcter indiciari, que existeix una clara causa de nul·litat. En aquest sentit, cal tenir en compte, entre d'altres la Sentència del TS de 23 de març de 2001 (RJ 2001/3004), que va indicar que:

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

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

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

D'altra banda, cal tenir en compte que el recurs especial en matèria de contractació té com a finalitat obtenir una resolució ràpida i eficaç, de manera que una decisió il·legal no es pugui consolidar.

En aquest cas concret, a la vista dels documents tramesos de moment, per l'òrgan de contractació, s'adverteix, indiciàriament, la possible concurrència de causa de nul·litat per deficiències en la tramitació del procediment. Tot i l'existència d'un expedient per depurar responsabilitats envers a les deficiències del búnker, no consta que l'òrgan de contractació dictàs resolució declarant la responsabilitat de M.Polo; tampoc consta que la incautació de la garantia s'acordés abans del 21 de juny de 2019, data en que acabava l'afectació d'aquesta a possibles responsabilitats del contractista.

No obstant això, cal advertir que encara no s'ha entrat en el fons de l'assumpte, atès que l'òrgan de contractació ha de completar l'expedient administratiu per poder resoldre el recurs, la qual cosa es farà en el moment oportú a la vista de l'expedient complet.

Resolc

1. Estimar la sol·licitud de suspensió de la Resolució per la qual s'acorda incautar parcialment la garantia constituïda en el contracte mixt d'elaboració de projecte i execució d'obres de construcció i adequació de l'espai destinat al servei de radiologia de l'Hospital General Mateu Orfila.
2. Notificar aquesta Resolució a l'empresa M. Polo, SL, i al Servei de Salut de les Illes Balears.

Interposició de recursos

Contra aquesta Resolució —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

María Matilde Martínez Montero