

DICTAMEN Nº 350/2013, de 25 de julio de 2013

Contratos administrativos.

Expediente sobre Resolución del contrato de adjudicación de la Concesión de Obra Pública de construcción del Aparcamiento Subterráneo en APD-4, tramitado por el Ayuntamiento de Badajoz.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Manuel Rodríguez Barrigón, con la asistencia del Letrado Antonio Alonso Clemente, acordándose el Dictamen por unanimidad

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha de 20 de junio de 2013, tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Consultivo solicitud de Dictamen remitido por Consejería de Administración Pública de la Junta de Extremadura, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12.1, de la Ley 16/2001, de Creación del Consejo Consultivo de Extremadura, y 14.c), de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Se cursa solicitud de Dictamen a iniciativa del Excmo. Ayuntamiento de Badajoz, requiriendo la tramitación de la consulta por el procedimiento de urgencia.

SEGUNDO.- Se acompaña el expediente administrativo, tramitado al efecto, del que se ha de destacar la siguiente documental:

A) Respecto al Expediente de Contratación:

1.- En escrito de 2 de junio de 2008, D. José M^a, en nombre y representación de la empresa **X**, S.A. y D. Benigno, en nombre y representación de **X**, S.A., enterados de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas y Anexos a los mismos que han de regir la contratación de la construcción, conservación y explotación del aparcamiento subterráneo, adecuación de la plaza del APD-4 del PGOU de Badajoz, en régimen de concesión administrativa, se comprometen a realizarlo en las condiciones redactadas en el escrito.

2.- Propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de contratación el día 6 de octubre de 2008, relativa al concurso público para la concesión de obra de construcción, conservación y explotación del aparcamiento subterráneo y adecuación de plaza del APD-4 (Calle Prim) del Plan General de Ordenación Urbana de Badajoz, en la sesión celebrada el 6 de octubre de 2008, al valorar la presentación de la proposición presentada por la UTE de empresas antes referida como proposición más ventajosa.

3.- El 22 de octubre de 2008, el Secretario del Ayuntamiento de Badajoz notifica a la UTE el acuerdo tomado en Pleno, de conformidad con el artículo 23 del Pliego de cláusulas administrativas particulares, advirtiendo el cumplimiento de los siguientes extremos: la constitución, en el plazo de 15 días, de la fianza definitiva (4% del presupuesto de ejecución, IVA incluido, 154.188,14 €); la formalización, en el plazo de 30 días, desde la notificación, del contrato que se le adjudica y la advertencia de que el incumplimiento de los requisitos anteriores deja sin efecto la adjudicación del contrato a su favor.

4.- La representación de **X**, S.A. – **X**, S.A., remite escrito al Ayuntamiento de Badajoz el 13 de noviembre siguiente para solicitar ampliación del plazo de otorgamiento de la citada garantía, “...en unos quince días aproximadamente”, con el fin de que se le autorice para crear una Sociedad Mercantil Concesionaria cuyo objeto sea gestionar y explotar la concesión y, al mismo tiempo, se convierta en la Sociedad que preste la garantía definitiva.

5.- El Alcalde de Badajoz, el día 21 de noviembre siguiente, en contestación al escrito anterior comunica a la empresa que se está procediendo a su estudio por el órgano municipal competente, dando traslado del mismo al Presidente de la Mesa de Contratación con la misma fecha.

6.- Se adjunta convocatoria y acta de la reunión de la Mesa de Contratación correspondiente al día 3 de febrero de 2009, con motivo del escrito presentado por la UTE **X**, S.A. – **X**, S.A., acordándose que deben seguirse los trámites establecidos en el artículo 23 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la presente Concesión de Obra Pública, a los efectos oportunos.

7.- El Secretario General del Ayuntamiento de Badajoz, en la misma fecha, tras el Informe emitido por la arquitecto municipal relativo al anterior escrito, reitera la obligación del contratista de prestar fianza, formalizar el contrato y ajustarse al contenido de los Pliegos de Condiciones que lo rigen, ofreciendo un nuevo plazo para llevar a cabo las anteriores obligaciones.

8.- Cartas de Pago (provisionales), en concepto de aval, recibidas por la tesorera de Fondos del Ayuntamiento de Badajoz de la UTE **X**, S.A. – **X**, S.A., el 25 de febrero de 2009, por importes de 92.512,88 € y de 61.675,26 €.

9.- Documentación relativa a la constitución de la Unión Temporal de Empresas, de 19 de febrero de 2009, constituyendo “UTE **X**”.

10.- Borrador del contrato de la adjudicación de la concesión de obra pública del Aparcamiento Subterráneo en APD-4 (C/ Prim) a suscribir entre D. Miguel A., Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Badajoz y D. Benigno, en nombre y representación de la de la UTE **X**, S.A. – **X**, S.A.

11.- El 13 de marzo de 2009, la representación de UTE **X**, S.A. – **X**, Empresa Constructora, S.A. comparece ante el Ayuntamiento de Badajoz realizando alegaciones sobre el cómputo del plazo para prestar el aval, formalizar el contrato y diversos aspectos del Pliego de cláusulas administrativas particulares en lo que respecta a pavimento, zona de juego, rociadores y trasteros, entre otras cuestiones, por lo que concluye que *“...el incremento de inversión motivado tanto por las citadas modificaciones como por el sobrecoste en la ejecución de las obras a tenor del Estudio Geotécnico elaborado y que difiere sustancialmente del proporcionado en el concurso, hace que la concesión no alcance la rentabilidad esperada en la licitación y resulte inviable técnica, económica y financieramente”*; asimismo, considera que el borrador del Contrato administrativo, previo a su formalización, debería contener las modificaciones detalladas en el escrito.

12.- Con fecha 3 de abril y 30 de abril de 2009, respectivamente, el Arquitecto Municipal y la Secretaría General del Ayuntamiento de Badajoz emiten informes relativos al escrito anterior.

13.- El día 21 de mayo siguiente, el Alcalde del Ayuntamiento de Badajoz comunica a la contratista que se le ofrece un nuevo plazo de 30 días, a contar desde la recepción de la presente notificación, para formalizar el contrato y proceder a su cumplimiento, con total integridad de lo establecido en los Pliegos de condiciones o, en su defecto, se procederá por el Ayuntamiento a la adopción de las medidas oportunas previstas en la legislación vigente.

14.- En escrito del 24 de noviembre de 2009, el Primer Teniente Alcalde del Ayuntamiento de Badajoz se dirige a la contratista, ofreciéndole un nuevo plazo de 15 días, contados desde la recepción del presente requerimiento, para la formalización del contrato, de lo contrario se procederá por el Ayuntamiento a la adopción de las medidas legales oportunas, de conformidad con la legalidad vigente.

15.- La representación de la empresa UTE **X**, S.A. – **X**, S.A., el 13 de enero de 2010, explicita que el desequilibrio en la Concesión originado por las modificaciones introducidas por el Ayuntamiento, así como el sobrecoste en la ejecución de las obras a tenor del Estudio Geotécnico elaborado, se debería restablecer como han manifestado en diferentes reuniones y escritos, cambiando el destino y la distribución de las plazas de aparcamiento y pactando de mutuo acuerdo que las consecuencias de una posible futura resolución, en el caso de no poderse llevar a cabo el proyecto por falta de financiación, sería únicamente la pérdida de la fianza.

16.- El 29 de septiembre de 2010 el Primer Teniente Alcalde requiere a la empresa concesionaria con el fin de saber cuáles van a ser las actuaciones a seguir por la misma, antes de tomar las medidas legales oportunas, sobre la citada concesión.

17.- La representación de la empresa citada, el 22 de octubre de 2010 informa sobre la imposibilidad de la firma de contrato al diferir sensiblemente las modificaciones de los parámetros incluidos en la oferta presentada.

18.- El 2 de diciembre de 2010, el Primer Teniente Alcalde, ratificándose en los anteriores escritos a la empresa adjudicataria y señalando la imposibilidad de la firma del contrato, imputable única y exclusivamente a la adjudicataria, advierte que no está “...este Ayuntamiento interesado en ninguna modificación que, en todo caso, siempre fue planteada a instancia de ustedes, teniendo en cuenta su voluntad de introducir rotación. Por tanto, el contrato del que se le requiere la firma no difiere en nada de los parámetros presentados por la citada adjudicataria, ajustándose en todo caso a la oferta presentada por la misma”.

En consecuencia, se le concede un plazo de 3 días para que expresen lo que estimen conveniente, antes de la adopción de medidas legales.

19.- El representante de la empresa UTE **X**, S.A. – **X**, S.A., el 16 de diciembre de 2010 y el 28 de enero de 2011, advierte de la imposibilidad de la firma del contrato ya que del estudio geotécnico realizado se comprobó la existencia de roca muy superior a la contemplada en el estudio de licitación, encareciendo la inversión prevista, además de imposibilitar la construcción de la cuarta planta, lo que hace inviable el proyecto de concesión. Sugiere que la mejor opción sería dejar sin efecto la presente licitación y proceder a la resolución del contrato y devolución de la fianza constituida.

20.- El Secretario General solicita informe, con fecha 7 de febrero de 2011, a la Arquitecta Municipal, que es emitido el día 6 de mayo siguiente, reiterando el suscrito con fecha 3 de abril de 2009, y concluyendo que, a su juicio, las alegaciones vertidas por la UTE concesionaria no se consideran causas justificables para la imposibilidad de ejecución del contrato.

B) EXPEDIENTE DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL:

a.- Informe de la Secretaría General (Sección de Patrimonio), de 3 de abril de 2012, en el que manifiesta ser procedente el inicio del expediente de resolución, dejando sin efecto la adjudicación de la concesión de Obra Pública a la UTE **X- X**, S.A., adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Badajoz en sesión celebrada el día 6 de octubre de 2008, por incumplimiento de la obligación de formalización del contrato, imputable única y exclusivamente a la citada adjudicataria, llevando aparejada la incautación de la fianza definitiva

constituida en su día. Indica el procedimiento a seguir y señala el cumplimiento del necesario trámite de audiencia del contratista y del avalista.

b.- Dictamen de la Sesión Ordinaria de 12 de abril de 2012, de la Comisión de Economía, Hacienda y Patrimonio del Ayuntamiento de Badajoz, en la que se acuerda iniciar el nuevo procedimiento de resolución de la adjudicación de la concesión de obra pública reseñada.

c.- El Pleno del Ayuntamiento, en la sesión celebrada el 16 de abril de 2012, acuerda iniciar el expediente de resolución, dejando sin efecto la adjudicación de la concesión de obra pública de conservación y explotación del aparcamiento Subterráneo y Adecuación del APD-4 (Calle Prim). Tal resolución se notifica a las partes interesadas.

d.- La Secretaría General del Ayuntamiento de Badajoz, en escrito de 26 de abril de 2012, procede a dar trámite de audiencia al contratista y las entidades financieras avalistas, por un periodo de 10 días, para que formularan las alegaciones que estimara pertinentes para su defensa.

e.- Alegaciones presentadas por la representación de la empresa UTE **X**, S.A. – **X**, S.A., el 16 de mayo de 2012, en las que manifiesta que la no formalización del contrato se debe a circunstancias introducidas por el órgano de contratación respecto a la oferta de licitación presentada y hechos naturales (geofísica y geotecnia del terreno) no previstos en el estudio de licitación.

f.- El 21 de mayo de 2012 el Arquitecto Municipal presenta informe en el que se ratifica en sus escritos de 3 de abril de 2009 y 6 de mayo de 2011, considerando que las causas alegadas por el contratista no se consideran suficientemente justificables para la imposibilidad de ejecución del contrato.

g.- El 7 de junio de 2012 se dicta Propuesta de Resolución por parte de la Secretaría General del Ayuntamiento de Badajoz desestimando las alegaciones del contratista y haciendo necesario requerir al Consejo Consultivo de Extremadura el preceptivo Dictamen sobre el caso.

h.- Con fecha 18 de junio de 2012, el Alcalde del Ayuntamiento de Badajoz solicita Dictamen Preceptivo del Consejo Consultivo de Extremadura que es emitido con fecha 25 de octubre de 2012 concluyendo que procede la resolución del contrato de la adjudicación de la concesión de obra pública sin que quepa incautación íntegra de la cuantía definitiva, ni la indemnización de la administración al contratista.

i.- Informe de la Secretaría General de 11 de abril de 2013 en el que manifiesta la procedencia de declarar la caducidad del expediente, sin perjuicio de la potestad de acordar, nuevamente su reinicio y la correspondiente instrucción procedimental, en la que será innecesario reiterar los trámites ya cumplimentados (a excepción de la audiencia a los interesados y del informe preceptivo del Consejo Consultivo).

j.- A la vista del anterior informe, y tras la propuesta del Alcalde del Ayuntamiento de Badajoz, el Pleno, en sesión celebrada el día 15 de abril de 2013, acordó la declaración de caducidad del expediente y el reinicio del expediente de resolución dejando sin efecto la adjudicación y llevando aparejada la incautación sobre la garantía definitiva constituida por valor de 154.188,14 euros, del importe de la garantía provisional por valor de 50.709,27 euros. Asimismo se les concede audiencia al contratista y los avalistas por un plazo de 10 días naturales, procediendo a la debida notificación.

k.- Con fechas de registro de entrada 6 de mayo y 10 de mayo de 2013, la representación de la entidad avalista **X** S.A.U. y la entidad contratista, respectivamente, presentan sendos escritos de alegaciones en los que presentan oposición a la incautación pretendida.

l.- El 20 de mayo de 2013 la Arquitecto Municipal, en contestación a las alegaciones presentadas por los interesados, se reitera en lo dicho en sus informes de 6 de mayo de 2011 y 21 de mayo de 2012.

m.- Informe de Secretaría de 21 de mayo de 2013 proponiendo el requerimiento al Consejo Consultivo de Extremadura del preceptivo Dictamen.

n.- Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Badajoz de 21 de mayo de 2013 por el que se dispone la suspensión del plazo para resolver el procedimiento reiniciado por acuerdo del Excmo. Ayuntamiento Pleno de 15 de abril de 2013, de resolución de la Adjudicación de la Concesión de Obra Pública de Construcción de Aparcamiento Subterráneo en APD-4 (Calle Prim).

Dicho Decreto es debidamente notificado a las partes interesadas en el procedimiento.

TERCERO.- Por Resolución de la Presidencia de este Consejo de la misma fecha de su registro la consulta fue admitida definitivamente, sin perjuicio de lo que resultara de la instrucción, y se ordenó continuar la evacuación de la consulta por el procedimiento ordinario.

En la misma fecha se turnó ponencia según orden preestablecido, correspondiendo como se ha indicado, de lo que se dio cuenta al Pleno.

CUARTO.- No habiéndose considerado necesaria la práctica de diligencias adicionales se concluyó esta fase del procedimiento de la consulta con la documentación obrante en el expediente, elevándose por la Ponencia propuesta de Dictamen que fue incluida en el orden del día de la sesión plenaria indicada.

QUINTO.- Por el Ponente se informó, en la referida sesión plenaria, del contenido del Proyecto de Dictamen y sometido a deliberación del Pleno, el Consejo estimó, por unanimidad, la suficiencia del informe y siendo conforme con la propuesta acordó aprobar el proyecto de Dictamen sin necesidad de ulterior debate.

II. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

Se somete a la consideración de este Consejo Consultivo, en los términos dispuestos por los artículos 12.2º y 13.1º de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo, la Propuesta de resolución de la adjudicación de la concesión de obra pública del Aparcamiento Subterráneo en APD-4 (C/ Prim), tramitado a instancia del Ayuntamiento de Badajoz, con oposición del contratista.

El objeto del Dictamen consiste en informar acerca de si procede, o no, la mencionada resolución contractual.

Se requiere Dictamen ordinario en derecho sin extenderse a cuestiones o consideraciones de oportunidad, de conformidad con lo prevenido en el artículo 2.2 de la Ley de creación de esta Instancia Consultiva.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Carácter preceptivo del Dictamen.

El artículo 13.1.i), de la Ley 16/2001 de 14 de diciembre, ya citada, de Creación del Consejo Consultivo de Extremadura, establece el carácter preceptivo de la consulta, consulta que también requiere el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para los expedientes tramitados por las Administraciones Públicas que versen sobre la resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por ello, el Consejo Consultivo de Extremadura emite este Dictamen con carácter preceptivo.

II. Consideraciones sobre la tramitación del expediente.

Tramitado un expediente de resolución contractual incoado el 16 de abril de 2012, que fue objeto de dictamen por parte de este Consejo Consultivo de fecha 25 de octubre de 2012 (Dictamen núm. 623/2012), hubo de declararse la caducidad de dicho procedimiento por haber excedido el plazo máximo de resolución, que es de tres meses. Con fecha 15 de abril de 2013 se ha incoado nuevo procedimiento de resolución de la adjudicación de la concesión de obra

pública del Aparcamiento Subterráneo en APD-4 (C/ Prim). Esta vez la normativa aplicada ha sido la contenida en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, aplicable por cuanto que la adjudicación definitiva se produjo después de la entrada en vigor de esta norma (6 de octubre de 2008).

En el plano estrictamente procedimental, se ha instruido el expediente cumpliendo las formalidades y requisitos normativamente establecidos en los artículos 194 y 195 de la Ley de Contratos del Sector Público y en el todavía vigente artículo 109, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al haberse acordado la resolución por el órgano de contratación; ofrecer el preceptivo trámite de audiencia al contratista y avalista por un período de diez días naturales, al tratarse de una propuesta de oficio; y al haberse solicitado, como último trámite, el Dictamen de este Consejo Consultivo, exigencia requerida cuando existe oposición por parte del contratista.

Por todo ello, ninguna objeción cabe efectuar con relación al procedimiento seguido exigible para la resolución de este contrato.

III. Observaciones sobre el asunto sometido a consulta

a) Consideraciones Generales.

El contrato cuya adjudicación pretende resolver la Administración es de indudable carácter administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19.1.a), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El contrato fue adjudicado el referido día 6 de octubre de 2008 y hasta el momento de la iniciación de este expediente no ha sido formalizado, por lo que el propio contrato y su resolución habrá de atender a lo establecido en la mencionada Ley de Contratos del Sector Público, aplicable a los contratos de la misma naturaleza suscritos por la Administración local. Ciertamente, el artículo 2.3 de este texto legal prevé “*su aplicación a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas (...)*”.

El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en diferentes sentencias (entre otras, las de 4 de mayo de 1968 y de 28 de febrero de 1989) que los contratos administrativos se caracterizan por ser negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del *interés general*. Sobre la base de esta caracterización, vinculada a las exigencias deducidas de que una de las partes en el contrato sea una Administración Pública, esto es, una persona jurídico pública, que está sometida al principio de legalidad y sujeta al servicio objetivo de los intereses generales, se puede explicar la existencia de prerrogativas a favor de la Administración. Entre éstas se encuentra la resolución de los

contratos administrativos, si bien dentro de las causas y con los límites que la propia Ley establece.

Ciertamente, la Ley de Contratos del Sector Público, en el artículo 194, reconoce a la Administración la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de ésta. La resolución ha sido entendida por la doctrina como medida última a la que acudir siempre con el único fin de preservar el interés público ínsito en cada relación contractual; implica la terminación anormal o traumática del negocio jurídico acordado, produciéndose generalmente con anterioridad a la finalización de su vigencia, al existir motivos imputables a cualquiera de las partes que inciden en su buena ejecución y en el funcionamiento final del servicio público gestionado, pero además ha de incardinarse en alguna de las causas recogidas de modo tasado en la Ley.

En efecto, la causa natural de finalización de un contrato, obviamente, es su cumplimiento, como prevé el artículo 205 de la citada Ley 30/2007. Sin embargo, la Ley contempla otras causas de finalización del contrato que no obedecen al cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes y que, por ello, obligan a la resolución del mismo. El artículo 204 establece que *“Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución”*. Y los artículos 206 a 208 determinan las causas de resolución, el régimen de aplicación de las mismas y los efectos que de tal declaración derivan.

El artículo 206 enumera las causas de resolución que se pueden agrupar en tres bloques: causas imputables al contratista, causas imputables a la Administración, y el mutuo acuerdo entre las partes. En función de la calificación de la causa, y de la imputación a una u otra parte, las consecuencias serán bien diversas y, en ocasiones, van más allá de las ordinarias previstas por el ordenamiento para un incumplimiento de contrato en cualquier otro ámbito del tráfico jurídico; sobre todo, en los casos de responsabilidad del contratista, debido, sin duda, a las prerrogativas que las leyes atribuyen a la Administración Pública en su posición de contratante.

Como se ha referido, el artículo 206 de la Ley de Contratos del Sector Público, es el dedicado a regular las causas de resolución del contrato; ahora bien, tal régimen legal se complica cuando la propia Ley contiene un catálogo específico adicional de causas de resolución para cada una de las modalidades de los contratos típicos. Así, por lo que respecta al contrato de concesión de obra pública, el artículo 245 de la Ley 30/2007 determina que son causas de resolución del contrato las contempladas en el artículo 206, y, además, las que seguidamente expresa.

En el supuesto objeto de Dictamen, la Administración consultante señala en su propuesta de resolución, expresamente, como causa de resolución del contrato la contenida en el artículo 140.3 de la Ley de Contratos del Sector

Público, manifestando que no se ha formalizado el contrato por causa imputable al contratista.

b) Consideraciones sobre la concurrencia de la causa invocada de resolución del contrato.

Respecto al fondo del asunto, en orden a determinar si existe causa que ampare la resolución de la adjudicación, debemos remitirnos a los fundamentos jurídicos contenidos en el Dictamen 623/2012, de 25 de octubre, dado que los antecedentes fácticos son exactamente los mismos, sin que por parte del Ayuntamiento ni de los interesados se hayan introducido nuevas cuestiones que requieran una diferente valoración jurídica.

Así, decíamos en aquél Dictamen, y así lo incorporamos literalmente en el presente, lo siguiente:

“En efecto, el artículo 140.3 de la LCSP, como norma aplicable para la extinción del presente contrato, en su redacción original, decía que: “cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado (diez días hábiles desde la notificación de la adjudicación definitiva), la Administración podrá acordar la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía provisional que, en su caso se hubiese constituido, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 195.3 a) en cuanto a la intervención del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente en los casos en que se formule oposición por el contratista”.

Así que, por lo que respecta a la pretendida incautación de la fianza (aval) definitiva, constituida por el adjudicatario, como efecto de la resolución por esta causa, que propone la instrucción del procedimiento, no puede ser sancionada por este Consejo, al no considerarla un efecto legalmente previsto en la Ley.

Existe una laguna legal, como resulta fácil comprobar, pues lo que la Ley prevé para el caso de la no formalización del contrato por causa imputable al contratista, es la incautación de la garantía provisional. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando, como es el caso, el contratista ha constituido efectivamente la garantía definitiva?. Es lógico suponer, aunque no se constata en el expediente, que se ha producido antes la devolución de la garantía provisional, y a pesar de cumplimentar este trámite obligado no ha formalizado el contrato. El artículo 140.3 original de la LCSP no preveía este supuesto, pero sí la modificación sobre su contenido que operó la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

Con esta redacción, prevé, en su apartado cuarto, del mismo artículo 140 lo siguiente: “Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido”.

La solución legal corresponde al presupuesto de hecho que aquí nos ocupa, si la falta de formalización del contrato se pueda imputar exclusivamente a la conducta del contratista. Porque radicalmente distintos son los efectos en el caso de que la falta de formalización se haya debido a la administración, supuesto que genera la indemnización al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

Las anteriores reflexiones y una vez examinados los diversos informes de los servicios administrativos del ente contratante y las distintas alegaciones formuladas por el contratista que aluden a reuniones reiteradas, alteraciones o estudios realizados por la administración con posterioridad a la adjudicación del contrato, proposiciones del contratista para alterar los términos del mismo y otros documentos que obran en el expediente, algunos remitidos a este Consejo y otros aludidos simplemente por las partes, el Consejo estima que no procede la resolución del contrato por causa únicamente imputable al contratista, al haber requerido la administración, tras la adjudicación del contrato al contratista, la modificación de su oferta y proyecto de obra, para su adaptación ya sea al pliego, ya sea a la normativa urbanística o se trate de adaptarse a medidas sobre patrimonio histórico, o incluso, para la adición de diversos aspectos no contemplados en el proyecto principal.

Tales peticiones de la administración son irregulares, pues los términos y condiciones contenidas en los pliegos constituyen la ley del contrato y su modificación a posteriori sin adecuarse a los procedimientos previstos en la legislación de contratos perturban y alteran el procedimiento de contratación y sus principios básicos.

Si la propuesta del licitador no se ajustaba a los Pliegos o a la normativa vigente, como parece ser los motivos que argumenta la administración, no se debió adjudicar, ya que esto constituye una clara causa de exclusión del procedimiento. O bien, si lo que se pretendía era una modificación del contrato, no se puede llevar a cabo ésta antes, incluso, de comenzar la ejecución del mismo, no pudiendo introducirse tampoco modificaciones a los pliegos en el documento contractual.

De hecho, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, vid. Sentencia de 25 de abril de 1990, establece que, en el caso de divergencias entre lo establecido en el pliego de cláusulas y el contrato, ha de prevalecer el primero; las declaraciones contenidas en los pliegos de cláusulas, o en la oferta vinculante del adjudicatario no pueden ser modificadas por los correspondientes contratos.

En los diferentes informes que obran en el expediente se constata con claridad que es el Ayuntamiento quien primero solicita una serie de modificaciones en el proyecto que constituye la oferta vinculante del adjudicatario sin ajustarse al procedimiento previsto para ello en la LCSP. También es cierto

que el adjudicatario no formaliza el contrato aduciendo causas geológicas, al toparse con una dureza de la roza con la que no contaba en la excavación de la obra subterránea, obstáculo que incrementarían el coste de la obra, causas que se ven desmentidas en el estudio técnico aportado por la administración.

Por lo tanto, y para concluir, la falta de firma del documento de formalización es una causa de resolución válida, y procedente en el caso que nos ocupa.

Este contrato ha de finalizarse, dado que parece que ambas partes tienen poco o ningún interés en que se lleve a cabo, a la vista de la considerable demora acumulada que demuestra y los sucesivos plazos, por una y otra parte, ofrecidos para alcanzar acuerdos, posteriormente frustrados. En cuanto a los efectos de tal resolución, estima este superior órgano que no cabe, ni incautación íntegra de la cuantía definitiva, ni la indemnización de la administración al contratista.”

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Extremadura dictamina

“Que tenidas en cuenta las consideraciones contenidas en el cuerpo del presente Dictamen procede la resolución del contrato de la adjudicación de la concesión de obra pública del Aparcamiento Subterráneo en APD-4 (C/ Prim), tramitado a instancia del Ayuntamiento de Badajoz, con los efectos previstos en el último apartado de este Dictamen”.