



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 6 3 / 2 0 0 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 7 de mayo de 2008.

Dictamen solicitado por la Ilma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento del Puerto de La Cruz en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato suscrito con la empresa T., S.A., para el suministro de señalización y diverso material vial para las vías públicas. Incumplimiento de obligación esencial: Entrega de los bienes contratados (EXP. 149/2008 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento del Puerto de La Cruz, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de suministro de señalización y diverso material vial para las vías públicas, contrato que fue adjudicado a la empresa T., S.A., la cual se ha opuesto a la resolución contractual exponiendo sus razones en el preceptivo trámite de audiencia.

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. 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

---

\* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

## II

1. El contrato cuya resolución se pretende fue adjudicado mediante Resolución de la Alcaldía de 29 de diciembre de 2006 a la empresa T., S.A.

De acuerdo con lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el contrato tiene por objeto el suministro de señalización y material vial diverso para su reposición, mantenimiento, conservación y ordenación del tráfico en las vías del Municipio de Puerto de la Cruz, de conformidad con las Prescripciones Técnicas anexas (cláusula 1).

El plazo de ejecución (cláusula 8) se fijó en el máximo de un año o bien hasta que se hubiese agotado el presupuesto máximo del mismo, en el supuesto de que este hecho se produjera con antelación al cumplimiento del plazo antes señalado.

Por lo que se refiere al presupuesto de licitación, la cláusula 5 del Pliego dispone:

“El presupuesto de gasto máximo o indicativo que se prevé para el contrato asciende a la cantidad de 60.000,00 euros. El gasto efectivo estará condicionado por las necesidades reales de la Administración que, por tanto, no queda obligada a llevar a efecto una determinada cuantía de unidades ni a gastar la totalidad de la cantidad indicada. Además, por tratarse de una cantidad meramente indicativa, las referidas necesidades podrán determinar una ampliación de la misma.

Los precios máximos unitarios de licitación de los bienes a suministrar son los establecidos en el pliego de condiciones técnicas.

En las cantidades señaladas, así como en las fijadas en las proposiciones económicas presentadas y en el importe de la adjudicación, se encuentran incluidos la totalidad de los gastos que al adjudicatario le pueda producir la realización del presente contrato de acuerdo con lo previsto en la cláusula 19 del presente pliego. Igualmente, se encuentran incluidos los gastos de entrega y transporte de los bienes del suministro hasta el lugar convenido”.

Asimismo, la cláusula 7 señala que no habrá revisión de precios, dado que el plazo de ejecución no supera un año.

El contrato fue formalizado con fecha 19 de enero de 2007.

2. El 29 de marzo de 2007 se emite por la Policía Local un informe acerca de las incidencias surgidas en la ejecución del contrato y que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual.

De acuerdo con este informe, en el mes de enero de 2007 se contactó con la empresa adjudicataria al objeto de solicitar información de cómo y a dónde dirigir los pedidos. La empresa les comunica, entre otras cuestiones, que de momento no podían servir la señalización vertical de aluminio porque las características específicas de poste triangular ellos no la trabajan, solicitando les indicaran los datos de la empresa que les había suministrado este tipo de señalización, que le fueron facilitados.

El 7 de febrero siguiente se solicitó material de señalización (vallas, cintas de balizamiento, conos y espejos antivandálicos) por importe de 12.200,00 euros a través de fax y correo electrónico, así como llamada telefónica para confirmar el recibí de pedido. En esta fecha la adjudicataria informa que están intentando llegar a un acuerdo con la otra empresa para poder suministrar la señalización vertical, al propio tiempo que indica que no podrá cumplir de ninguna manera con los plazos de entrega (10 días a partir de la confirmación del pedido). El informe hace constar además que fueron varias las conversaciones telefónicas con los representantes de la empresa adjudicataria en relación con este problema.

El 21 de marzo contacta con la Policía Local uno de los representantes de la empresa para confirmar que tiene preparado el pedido y que se va a proceder a su envío. Sin embargo, indica el informe que hasta el día de la fecha (29 de marzo de 2007) no se ha recibido ningún elemento de señalización.

En este periodo de tiempo, en una de las conversaciones mantenidas con el objeto de reclamar el cumplimiento del contrato se solicita por la entidad adjudicataria que se enviase el pedido de señalización vertical, que es remitido vía fax y correo electrónico el 23 de marzo. El importe de la señalización solicitada ascendía a 47.480,38 euros.

El informe finaliza señalando que en fecha 29 de marzo de 2007 se recibe correo electrónico en el que la empresa comunica que había contactado con el fabricante de las señales solicitadas y que con los precios que les había dado tendrían una importante pérdida económica y por lo tanto no van a poder suministrar el pedido. En este correo se adjunta cuadro comparativo demostrativo de la diferencia de precios, del que resulta una pérdida que asciende a la cantidad de 23.831,25 euros.

3. El 12 de abril de 2007 se remite escrito por parte de la Alcaldía a la entidad adjudicataria advirtiéndole de la obligatoriedad del cumplimiento de las cláusulas del

contrato, entre ellas la del mantenimiento de los precios ofertados. En caso contrario, se indica que se procederá a acordar la resolución del contrato.

En este mismo escrito se concede, como trámite previo a la resolución del contrato, trámite de audiencia a la entidad adjudicataria, quien presentó alegaciones en el plazo conferido al efecto. En síntesis, expone que tras las consultas realizadas ha podido comprobar que el suministrador habitual del tipo de señales requerido en el pliego es la empresa S., S.L. que actúa como distribuidor del fabricante T., S.L., domiciliado en Granada y que los precios que ofrece esta empresa exceden de los habituales del sector. Igualmente señala que puestos en contacto directo con el fabricante, éste no accede a suministrarles las señales toda vez que su distribuidor en exclusiva para Canarias es la aludida empresa S., S.L. Entiende por todo ello que existe un monopolio de hecho que le impide cumplir con el contrato dentro de los precios ofertados, por lo que propone que se modifiquen las características de los productos a suministrar o, en su defecto, la resolución del contrato de mutuo acuerdo.

Recibidas estas alegaciones, se convoca a la Mesa de contratación del concurso de referencia. En sesión de 23 de mayo de 2007, se valora la oferta de la empresa de realizar el suministro en soporte distinto al establecido en el Pliego, que resultó rechazada ya que el exigir este tipo de báculo en dicho pliego se debió a que es el existente en la señalización actual del municipio y, además, a que es el único que podría utilizarse para colocar las señales que actualmente existen en stock. Se resalta además que precisamente una de las ofertas presentadas fue rechazada por no ofrecer soporte alguno.

Por otra parte, en relación con el pretendido monopolio de hecho alegado por la adjudicataria, la Mesa entiende que es una cuestión ajena y desconocida por la Administración y que, en cualquier caso, esta alegación debió realizarse antes de formular su propuesta, ya que al realizarla aceptó el pliego en su integridad, como textualmente hizo constar en el mismo.

En consecuencia, la Mesa acuerda elevar al órgano competente propuesta de resolución del contrato.

Consta seguidamente en el expediente informe jurídico acerca de la pretendida resolución contractual, que se emite con carácter favorable a la misma y que es elevado a Propuesta de Resolución del expediente.

### III

1. Este Consejo ya se ha pronunciado sobre este asunto en su Dictamen 315/2007, en el que se concluyó que no procedía entrar a valorar la procedencia de la resolución contractual propuesta, al apreciar determinadas irregularidades procedimentales que hacían procedente que por la Administración se iniciara un nuevo procedimiento en el que se diera cumplimiento a los trámites legalmente previstos.

Singularmente, se advirtió en este Dictamen del defectuoso otorgamiento del trámite de audiencia a la entidad adjudicataria del contrato y de la omisión del informe del Servicio implicado, en este caso la Unidad Administrativa de Contratación de Suministros del Área de Administración Financiera, Patrimonio y Empresas Públicas, que fue sustituido por el de la Mesa de Contratación que intervino en el procedimiento de adjudicación. En cuanto a estos extremos, en este Dictamen se indicó lo siguiente:

*“Como se ha señalado anteriormente, la Policía Local remite al Área de Administración Financiera, Patrimonio y Empresas Públicas un informe acerca de las incidencias producidas en la ejecución del contrato de suministro de referencia.*

*Recibido este informe se remite escrito por la Concejala de la citada Área, actuando por delegación de la Alcaldía, a la entidad adjudicataria en el que se advierte de su obligación de cumplir el contrato en los términos pactados, con advertencia de que en caso contrario se procedería a la resolución y, al propio tiempo otorgando un trámite de audiencia como paso previo a que la Administración resuelva el contrato.*

*No puede considerarse que con el otorgamiento de este trámite se haya dado cumplimiento al preceptivo trámite de audiencia que ha de otorgarse al interesado una vez instruido el procedimiento y al que se refiere el art. 84.1 LRJAP-PAC y de forma específica en la normativa contractual los arts. 59.1 TRLCAP y 109 de su Reglamento, que tiene por finalidad poner en conocimiento de aquél los informes y demás documentación que se haya incorporado al expediente a fin de otorgarle la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga. El trámite concedido puede ser considerado como trámite de alegaciones con la finalidad de que por la adjudicataria se manifestara su voluntad de cumplir o no sus obligaciones contractuales, habilitando en su caso su respuesta negativa a la Administración para acordar el inicio del procedimiento de resolución contractual, pero no exime de la*

*obligación de conceder el trámite de audiencia en el momento procedimental oportuno.*

*Por otro lado, este proceder ha generado la consecuencia de que el interesado no tenga conocimiento de que se ha tramitado un procedimiento resolutorio, o al menos no consta en el expediente que se le hubiese notificado. El escrito remitido, como se ha señalado, le otorgó trámite de audiencia como paso previo a la resolución, pero el inicio del procedimiento no ha sido formalmente acordado ni, en consecuencia, notificado, no constando que se hubiese producido comunicación posterior en ningún momento de la tramitación.*

*Por consiguiente, una vez recibidas las alegaciones de la entidad adjudicataria, la Administración debió acordar el inicio del procedimiento y su notificación al interesado.*

*Por otra parte y a los efectos de este acuerdo, si bien resulta procedente que con carácter previo se emita el informe técnico que justifique el inicio del procedimiento, este informe sin embargo ha de efectuarlo el Servicio implicado, en este caso la Unidad Administrativa de Contratación de Suministros del Área de Administración Financiera, Patrimonio y Empresas Públicas y no la Mesa de Contratación convocada en el seno del concurso para la adjudicación del contrato de suministro.*

*De acuerdo con su configuración legal, la Mesa de Contratación tiene como función asistir al órgano de contratación en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos administrativos, a cuyos efectos ha de calificar la documentación presentada por los licitadores y proceder a la apertura de las proposiciones presentadas y su posterior valoración, elevando su propuesta motivada al órgano que ha de efectuar la adjudicación del contrato (art. 81 y, en relación con el sistema de concurso, 88 TRLCAP). La Mesa agota pues sus funciones en la fase de adjudicación de los contratos administrativos, funciones que por consiguiente no se extienden a la posterior ejecución del mismo, cuyo control es competencia del propio órgano de contratación a través del Servicio implicado.*

*Por consiguiente, como antes se ha señalado, el informe relativo al posible incumplimiento por parte de la entidad adjudicataria de sus obligaciones contractuales ha de emitirse por aquel Servicio y no por la Mesa de Contratación, ajena en todo caso a la ejecución del contrato.*

*La correcta tramitación del procedimiento resolutorio exige que se incorporen aquellos informes que resulten necesarios para iniciarlo, así como la pertinente documentación que sea necesaria para justificar la existencia del incumplimiento que ha generado la pretensión de la Administración de resolver el contrato.*

*Concluida la fase de instrucción, ha de otorgarse trámite de audiencia al interesado (art. 109 RGLCAP) y la posterior elaboración de la Propuesta de Resolución, que ha de tener el contenido previsto en el art. 89 LRJAP-PAC, resolviendo específicamente todas las cuestiones planteadas por el interesado. Finalmente, procede la remisión del expediente a este Consejo para la emisión del preceptivo Dictamen”.*

2. La Administración actuante inicia nuevo procedimiento de resolución contractual mediante Resolución de la Alcaldía-Presidencia de 23 de julio de 2007, en la que simultáneamente se otorga trámite de audiencia a la entidad adjudicataria, poniendo a su disposición el expediente para que pueda alegar lo que más convenga a su derecho. Este acto fue debidamente notificado al interesado, que no presentó alegaciones en el plazo conferido al efecto.

Tras el otorgamiento de este trámite, consta en el expediente la convocatoria de la Mesa de Contratación, que acuerda, a la vista de las actuaciones practicadas, proponer a la Alcaldía la solicitud de Dictamen a este Consejo, lo que se lleva a efecto sin realizar tramitación posterior alguna.

A la vista de las actuaciones practicadas, procede señalar que por parte de la Administración no se ha dado debido cumplimiento a los trámites legalmente previstos, pues si bien se ha acordado formalmente el inicio del nuevo procedimiento y se otorgó el trámite de audiencia al interesado, no consta sin embargo la solicitud y emisión del informe del Servicio que llevó a cabo la contratación, que debió solicitarse con carácter previo al otorgamiento del trámite de audiencia. En el expediente inicial se incorporó un informe emitido por la Policía Local en el que, como se ha señalado en los antecedentes, se relatan las incidencias producidas en la ejecución del contrato. Este informe no es sin embargo el que debe emitir el Servicio implicado, que es en el presente caso la Unidad Administrativa de Contratación de Suministros del Área de Administración Financiera, Patrimonio y Empresas Públicas, que habrá de pronunciarse sobre la causa de resolución contractual aplicable en el presente caso, a cuyos efectos puede tener en cuenta el informe emitido por la Policía Local con anterioridad al inicio del procedimiento.

Por otra parte, se reitera en este Dictamen, en los términos ya indicados, que el informe del Servicio no puede ser sustituido por los acuerdos de la Mesa de Contratación, que además en este segundo procedimiento se limita a proponer que se recabe el parecer de este Organismo, sin emitir ningún pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Por último, no se ha elaborado la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente en la que conste la debida motivación y la expresa referencia a la causa legal que ampara la resolución.

3. Este Consejo, a pesar de las irregularidades observadas, entiende no obstante procedente emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, toda vez que en este nuevo procedimiento se ha dado cumplimiento a un trámite esencial como es el de la audiencia al contratista, quien ha tenido oportunidad de examinar toda la documentación integrante del expediente, que incluye la del procedimiento anterior, en cuyo expediente se habían incorporado los informes emitidos y la Propuesta de Resolución en la que consta la causa alegada por la Administración y los efectos de la resolución. Se entiende por ello que la tramitación del procedimiento no le ha causado indefensión.

Por lo demás, si bien no se ha emitido el informe del Servicio, se ha asumido por la Propuesta de Resolución que concluyó el primer procedimiento el emitido por la Policía Local acerca de los antecedentes fácticos que motivan la resolución, resultando del expediente los elementos de juicio necesarios para valorar la resolución contractual propuesta.

Finalmente, por lo que se refiere a la Propuesta de Resolución, consta la señalada, sin que se hayan incorporado al expediente nuevos datos o hechos que requieran un expreso pronunciamiento por parte de la Administración, que ha mantenido esta Propuesta en sus propios términos.

## IV

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, debe tenerse en cuenta ante todo las condiciones fijadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas en lo relativo a los elementos que han originado la presente resolución.

La cláusula 3 del Pliego, relativa a las características de las señales y material diverso, establece que la colocación de las señales será mediante postes de aluminio gris plata anonizado o lacado, triangular con cantos redondeados, reforzado con nervios interiores de gran resistencia, con decoración estriada conjuntada con el



perfil de la señal, con una altura de 3,5 metros de alto y los lados del triángulo serán de 9,5 cms al lado frontal y 7,5 cms los dos lados traseros. La parte delantera consistirá en un carril abierto para colocación de señal y vaina. La vaina será en aluminio gris plata anonizado, lacada con fondo de un color o balizada, a elegir según pedido, en material reflectante E.G nivel 1, con serigrafía con las letras "Policía Local del Puerto de La Cruz" y escudo del Excmo. Ayuntamiento. La terminación superior del poste será mediante tapón en P.P.C. negro atornillado.

En el Pliego además se señala que el stock de las muestras de señales del concurso se depositará en las dependencias de la Policía Local del Puerto de La Cruz.

La cláusula 5 indica, describe y fija el precio del material de señalización y seguridad vial a suministrar por la empresa adjudicataria, entre el que se encuentran postes [(medidas alto y lados del triángulo) 350x(9,5-7,5-7,5) precio unitario 85,87 euros] y vainas para poste triangular (350x7,5 precio unitario 41,90 euros).

La entidad adjudicataria ofertó estos dos elementos, indicando las citadas medidas para cada uno de ellos, a un precio unitario de 73 euros para los postes y de 38 euros para las vainas. No obstante, una vez le fueron solicitadas por la Administración alega en un primer momento que no los fabrica con las características solicitadas y, finalmente, la imposibilidad de suministrarlas por el señalado monopolio de hecho que describe en su escrito de alegaciones. En este escrito, además, indica que una vez formalizado el contrato se realizaron gestiones ante los técnicos de la Administración para tratar la posibilidad de realizar algún cambio, entre ellos, el de los postes de sustentación de un perfil de aluminio de forma triangular a un perfil circular, que es el que fabrica T.

La entidad adjudicataria por consiguiente realizó su oferta ajustada a las exigencias de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, incluyendo los citados materiales para la señalización. Sin embargo, posteriormente alega que no fabrica tales materiales con las características exigidas en los Pliegos y, finalmente, que la falta de cumplimiento no le es imputable, ya que ha sido consecuencia de que el contrato se refería a determinados bienes sobre los que existe, según manifiesta, una situación de monopolio.

Estas alegaciones, sin embargo, no pueden ser tenidas en cuenta. A este respecto, ha de señalarse, en primer lugar, que ni la interesada ni ninguna otra de las empresas concurrentes al concurso hizo salvedad alguna en relación con los bienes que se comprometía a suministrar, a pesar de que tenían un detallado conocimiento

de lo pretendido por la Administración, pues ésta concretó suficientemente en la documentación relativa a la contratación los bienes que pretendía adquirir, con una descripción detallada de cada uno de ellos y poniendo incluso a disposición de los interesados en la licitación muestras de los mismos para su examen. Además, corresponde en todo caso a las empresas licitadoras una cuidada valoración de las características de los bienes con anterioridad a la presentación de sus ofertas, de tal forma que sus proposiciones se ajusten en realidad a las condiciones contractuales y se encuentren en condiciones, en caso de resultar adjudicatarias, de ejecutar el contrato en los términos pactados. La adjudicataria en este caso, si bien como se ha indicado ha ofertado aquellos bienes ajustándose a lo exigido por la Administración en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin embargo, al serle requerida la ejecución del contrato alega su imposibilidad de cumplirlo en los términos pactados.

Puede considerarse por consiguiente que concurre, como así se ha apreciado en la Propuesta de Resolución, la causa de resolución prevista en el art. 111.g) TRLCAP, al haber incumplido el contratista su obligación esencial de suministrar los bienes objeto de la contratación a que se ha hecho referencia con anterioridad.

2. Finalmente resulta procedente advertir, como ya se indicó en el Dictamen 315/2007, que la Propuesta de Resolución que finalmente se dicte ha de resolver la cuestión relativa al suministro del primer material solicitado a la entidad adjudicataria, pues consta en el expediente escrito de 7 de mayo de 2007 remitido por ésta en el que señala que desde el anterior 12 de abril se encuentra a disposición de la Administración. La negativa, en su caso, de la Administración a recibir este pedido ha de justificarse en el expediente, lo que exige la necesaria motivación del incumplimiento contractual en que hubiera incurrido la contratista en la ejecución del contrato en este concreto extremo. Por el contrario, la recepción de los citados materiales conlleva su abono a la contratista de conformidad con los precios fijados en la contratación.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.