



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 / 2 0 1 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 13 de enero de 2015.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Aldea de San Nicolás en relación con la *Propuesta de Acuerdo resolutorio del procedimiento de resolución del contrato administrativo de gestión del servicio público para la recogida y transporte de los residuos urbanos así como el lavado y limpieza de contenedores del municipio de La Aldea de San Nicolás, adjudicado a la entidad mercantil X. S. A. (EXP. 469/2014 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 16 de diciembre de 2014, con registro de salida de la misma fecha y registro de entrada en este Consejo Consultivo de 17 de diciembre de 2014, el señor Alcalde de La Aldea de San Nicolás interesa preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3, y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en relación con la Propuesta de Acuerdo resolutorio del procedimiento que se ha tramitado con la finalidad de resolver el contrato administrativo de gestión del servicio público para la recogida y transporte de los residuos urbanos así como lavado y limpieza de contenedores del municipio de La Aldea de San Nicolás, que fue adjudicado definitivamente a la empresa X. S. A. el día 20 de agosto de 2010.

2. Se pretende resolver el contrato por causa imputable al contratista al amparo del art. 206.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que resulta ser la legislación aplicable a este procedimiento de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera, apartado segundo, del Texto

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSP), de 14 de noviembre, según la cual los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicho texto refundido se regirán en cuanto a sus "efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prorrogas" por la normativa anterior, que es la citada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Sin embargo, en el informe de Secretaría de 15 de diciembre de 2014 erróneamente se cita el TRLCSP.

Asimismo, con la resolución se acuerda la incautación de la fianza definitiva constituida en los términos previstos en la normativa legal, al considerarse culpable el incumplimiento del contratista, así como incoar el procedimiento dirigido a cuantificar y reclamar la indemnización correspondiente a los daños que la Administración considera padecidos por causa de tales incumplimientos.

3. El art. 109 RGLCAP, que regula el procedimiento para la resolución de los contratos, prevé en su apartado 1 que la resolución se acordará por el órgano de contratación, cumpliendo los requisitos siguientes: a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio; b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de garantía; c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los arts. 41 y 96 de la Ley; d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

4. En relación con la tramitación del presente procedimiento, se deduce de lo manifestado en el informe de la Secretaria accidental del Ayuntamiento relativo al presente procedimiento de resolución contractual que el mismo se inició el día 14 de octubre de 2014 y que se otorgó trámite de audiencia a la empresa adjudicataria, sin que conste copia de dicha Resolución en el expediente remitido a este Organismo, desconociéndose si también se le otorgó al avalista, al haberse propuesto la incautación de la garantía, lo que resulta obligado, según el art. 110.1.b) del RD 1098/2001, de 12 de octubre, dado que también se propone la incautación de la garantía.

Finalmente, el día 16 de diciembre de 2014, se emite la Propuesta de Acuerdo mencionada anteriormente, objeto de este Dictamen.

5. El procedimiento se inició de oficio el 14 de octubre de 2014, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común (LRJAP-PAC), en relación con el art. 44.2 de dicha ley, que determina que en procedimientos de esta naturaleza el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad. En este asunto tal caducidad se produciría el día 14 de enero de 2015.

II

1. En cuanto a los antecedentes de hecho son los siguientes:

El día 20 de agosto de 2010, de forma definitiva se adjudicó el contrato de gestión del servicio público de recogida y transporte de los residuos urbanos municipales (sólidos y selectiva) así como el lavado y limpieza de contenedores del municipio de La Aldea de San Nicolás a la empresa X. S. A., y el día 6 de diciembre de 2010 se procedió a la formalización del mismo.

2. Sin embargo, la Administración considera que desde el día 27 de agosto de 2013, hasta el 27 de junio de 2014 se han de producido de forma constante incumplimientos de las obligaciones contractuales, vulnerándose lo dispuesto tanto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), como en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) e, incluso, del proyecto de explotación del servicio (PE).

La Propuesta de Acuerdo resolutorio describe tales incumplimientos, manifestándose que consisten en la imposibilidad de extender el acta de comprobación por causas imputables al contratista; no haber presentado las pólizas de seguro obligatorio en plazo; las facturas presentadas no se ajustan a lo estipulado; no se ha explotado el servicio con la continuidad exigible; el personal de la empresa ha trabajado fuera de los horarios fijados, y, además, careciendo de la ropa adecuada; no se ha realizado la recogida de residuos con la frecuencia estipulada; y no se han puesto a disposición del servicio las instalaciones adecuadas según la dotación mínima establecidas en el PPTP. Además, no ha alcanzado el 40% de los indicadores de calidad en la prestación del servicio establecidos en la cláusula 27 PCAP.

3. La Administración requirió a la empresa en dos ocasiones, el 12 de febrero y el 19 de mayo de 2014, para que subsanara tales deficiencias, lo que no fue atendido. Por tales motivos, se decidió incoar de oficio el presente procedimiento, pues se entiende por la Administración que la empresa ha incumplido gravemente sus obligaciones contractuales.

III

1. La Corporación Local a través de la Propuesta de Acuerdo pretende la resolución del contrato referido pues considera, con fundamento en lo anteriormente expuesto, que se han producido por parte de X. S. A. incumplimientos de las obligaciones contractuales esenciales, mediando culpa o negligencia por su parte, acordando, además, la incautación de la garantía definitiva, constituida el 6 de agosto de 2010 mediante aval bancario, por importe de 11.438,18 euros.

2. La cuestión de fondo principal del presente asunto consiste en determinar si se han producido tales incumplimientos o no por parte de la adjudicataria, y si constituyen incumplimientos de obligaciones esenciales, pudiendo por ello dar lugar a la resolución que se pretende.

En primer lugar, es necesario realizar una precisión relativa al primero de los incumplimientos que refiere la Administración, el correspondiente al acta de comprobación, que se extendió el día 10 de enero de 2014 definitivamente, pues tras un primer intento fallido en diciembre de 2013, originado por la ausencia de diversa documentación que debía presentar la empresa, se le otorgó un nuevo plazo de presentación, cumplido dicho día 10 de enero.

Pues bien, en la cláusula 26.1.1 PCAP se establece que el órgano de contratación en el plazo de 15 días naturales, después de comprobar que los medios adscritos se ajustan a los ofertados y que se cumplen con las determinaciones de los proyectos de explotación, levantará acta de comprobación. Así, resulta claro que es a la Administración a quien corresponde el cumplimiento de tal obligación en dicho plazo, lo que llevó a cabo años después de cuando correspondía por causas imputables sólo a ella; sin embargo, el hecho de que se efectuara tal comprobación observándose deficiencias es indicativo del posible incumplimiento contractual, a lo que posteriormente se hará referencia.

3. En el expediente obra diversa documentación acreditativa de una serie de incumplimientos por parte del contratista, especialmente la correspondiente a los informes que elaboró el responsable municipal del contrato. Así, en el informe de 27 de agosto de 2013, consta el mal estado de mantenimiento de los contenedores de residuos, que están todos sucios, sin tapas, estando completamente llenos en el momento de su inspección, lo que se confirma por las quejas de los vecinos a las que se hace mención de forma concreta, adjuntándose además abundante material fotográfico de tales incidencias, sin que se presente por la empresa los partes de

trabajo que permitan demostrar que se presta el servicio con la continuidad y frecuencia estipuladas.

Además, en dicho informe, en cuanto a las facturas que debe presentar la empresa, consta que no sólo no se acompañan dichos partes sino tampoco los albaranes correspondientes.

En el informe técnico de dicho responsable, correspondiente al día 3 de septiembre de 2013, relativo al seguimiento de la prestación del servicio en los días 1 y 3 de septiembre de 2013, se constata, ese día 1 de septiembre, que las calles del casco están sucias, que las zonas de ubicación de los contenedores también están sucias, encontrándose en los mismos una cantidad excesiva de residuos sólidos voluminosos. Y el día 3 de septiembre no sólo vuelven a observar las mismas deficiencias, sino que también se constata los malos olores de las zonas de contenedores, la presencia de vertidos en las aceras del municipio procedentes de sustancias contenidas en ellos, vertidos en la calzada provenientes del vehículo empleado por la empresa para el traslado de los contenedores, el cual carece de la obligatoria identificación, y que los operarios de la empresa no llevan la ropa reglamentaria, lo cual no sólo puede suponer un incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino de la normativa reguladora de la seguridad e higiene en el trabajo. Además, dicho informe también se acompaña de fotografías que demuestran la veracidad de los hechos informados.

En el informe de 4 de septiembre de 2013, el técnico municipal señala que durante las fiestas patronales del municipio no se aumentó debidamente el número de contenedores como se había estipulado previamente.

4. Además, en el expediente obran dos documentos que por sí mismos muestran la realidad de tales incumplimientos. El primero de ellos es el informe del responsable del contrato, elaborado el 11 de diciembre de 2013, haciendo constar que en la inspección realizada comparecieron responsables del Ayuntamiento y de la propia empresa adjudicataria, constatándose la falta de la documentación adecuada de los vehículos que se emplean para el servicio, y que de los 108 contenedores de residuos sólidos que se debieron poner a disposición por la empresa en el plazo de dos años, solo se habían aportado 20. Además, se constató la falta del sistema de comunicación por teléfono móvil "Servicio Poc" que se había estipulado.

5. El otro documento es el correspondiente a la propuesta de liquidación del servicio, efectuada el día 18 de noviembre de 2013 (liquidación semestral),

llevándose a cabo en ella la valoración del servicio en atención a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y en el programa de trabajo anual de la empresa que acompañó a su oferta económica y que al igual que los anteriores obra en el expediente, teniéndose en cuenta los indicadores de calidad concesional a los que se hace referencia en la cláusula 27.3.2.3.p) PCAP, desarrollados en lo previsto en la cláusula 32.1 PCAP y en el capítulo tercero del PPTP, incluidos en el expediente.

El primer indicador es el correspondiente a la consecución de los objetivos estándar de recogida de residuos, manifestándose, primeramente, que la empresa no ha dispuesto de las herramientas de gestión, ni de las instalaciones ofertadas, siendo difícil evaluar tal recogida. Además, en relación con ello, se analiza la frecuencia de recogida de los distintos tipos de residuos, observándose que o bien no se ejecutó con la frecuencia mínima requerida o que, incluso, había residuos, tales como animales muertos, residuos voluminosos, recogida de papel compactado en la prensa, recogida de determinados residuos en colegios públicos, que no se efectuaron en todo el semestre analizado y, por último, en relación con este indicador se hace constar la existencia de restos de residuos en las zonas de ubicación de los contenedores.

El segundo indicador es el relativo a la evaluación del servicio de limpieza y lavado de contenedores, señalándose no sólo la falta de limpieza de los mismos, sino que la contratista no presentó parte de trabajo alguno que especificara cuándo y cómo se realizó tal servicio.

El último indicador es el referido a las quejas por escrito imputables al contratista, constando cuatro reclamaciones, incluida una denuncia ante la Policía Local de incumplimientos graves del servicio, siendo algunas de ellas reiteradas.

Por todo ello, resulta evidente, a partir de tal documentación, que la empresa no alcanzó el 40% de cumplimiento de los indicadores de calidad.

6. Esta documentación adjunta al expediente demuestra suficientemente los incumplimientos contractuales reiterados por dicha empresa sin que la misma haya presentado documentación alguna que pruebe lo contrario. En este sentido, su representante corrobora en el escrito de alegaciones presentado la realidad de las deficiencias que la Administración le imputa en la prestación del servicio. Así, manifiesta que presentó las pólizas de seguro obligatorio el 10 de enero de 2014, pues la Administración le imputa su no presentación en plazo como incumplimiento de una obligación esencial, y añade que tras una reunión mantenida en octubre de

2014 con el Ayuntamiento le manifestó su propósito de prestar los servicios encomendados con los niveles adecuados, confeccionándose al efecto un cuadro de servicios delimitando y definiendo sus horarios de prestación, para alcanzar de forma pronta y puntual la normalización de la recogida de residuos voluminosos, ofertando la prestación diaria de tal servicio durante los siguientes siete días y comprometiéndose a revisar la ubicación y número de los contenedores de residuos.

Tales afirmaciones demuestran por sí mismas que las afirmaciones efectuadas por la Administración en torno a la deficiente prestación del servicio son ciertas, y que cuatro años después de formalizado el contrato todavía no se había normalizado la prestación del mismo. Tampoco consta prueba alguna de que tales propósitos se convirtieran en realidad.

En conclusión, se ha probado que se ha incumplido la obligación de presentar las pólizas de los seguros obligatorios en plazo; que, al menos durante un semestre, no se logró el 40% de cumplimiento de los índices de calidad del servicio; la falta de equipamiento adecuado de los operarios; la suciedad en las vías públicas derivada del manejo de los contenedores; la falta de frecuencia adecuada en la retirada de residuos, así como el completo abandono de la prestación de tal retirada en relación con residuos tales como animales muertos u objetos voluminosos; también, el insuficiente número de los contenedores de residuos, los cuales no cumplían las especificaciones técnicas, así como su mal estado de conservación y mantenimiento, vertiéndose además residuos durante su manejo que no se limpiaban inmediatamente como se había estipulado en el contrato.

7. Por lo tanto, una vez determinada la realidad de tales incumplimientos se debe analizar si los mismos deben dar lugar o no la resolución del contrato.

En torno a tal cuestión y en relación con lo dispuesto en los arts. 196.7 y 206.g. LCSP, este Consejo Consultivo ha mantenido, en el reciente Dictamen 300/2014, de 3 de septiembre, la siguiente doctrina:

«Este precepto atribuye a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades, pero como dice la Sentencia de 14 de noviembre de 2000, “la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias”, habiendo declarado la sentencia de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución,

lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación».

Asimismo, el Tribunal Supremo ha venido señalando, no sólo en la Sentencia anteriormente referida sino también, entre otras, en la de 23 noviembre 1988, que « (...) se desprende el carácter restrictivo que preside la facultad resolutoria del administrado frente a la Administración, dada la finalidad de servicio a la comunidad que tiene la prestación en que el contrato consiste, es decir que, como señalan las Sentencias de esta Sala de 16 de octubre de 1984 y 9 de octubre de 1987, no todo incumplimiento puede generar la resolución contractual, sino que ello debe contemplarse en cada caso, atendidas las circunstancias de toda índole que concurran para dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista, y en qué casos se trata de meros retrasos, de desfases o desajustes en modo alguno reveladores de tal voluntad de no cumplir lo pactado».

8. Siempre teniendo en cuenta los hechos demostrados, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es claro al establecer en su cláusula 27.3, como obligaciones del concesionario del servicio, entre otras muchas, la de explotarlo con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación, cuidar del buen orden y calidad prestacional del servicio, disponer de la dotación ofertada en el plazo de un mes a partir de la firma del contrato, cumpliendo la misma con las determinaciones del proyecto de explotación, el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares así como explotarlo con la continuidad convenida, alcanzando al menos un 40% de cumplimiento de los indicadores de calidad.

Asimismo, también venía obligado a presentar la póliza de seguros en el plazo de 10 días desde la notificación de la adjudicación definitiva y antes de la formalización del contrato, lo que evidentemente se omitió, si bien la Administración debió requerir su presentación antes de la formalización del contrato.

9. Además, en la cláusula 29.1 PCAP se establecen y clasifican los distintos tipos de incumplimientos contractuales, considerándose como muy graves la inobservancia por parte del concesionario de los planes de trabajo y de mantenimiento ofertados, la situación de notorio descuido en la conservación y mantenimiento de la dotación,

en especial la de los contenedores, maquinaria, material e instalaciones, siempre que hubiera mediado requerimiento por parte de la Administración, hecho que se produjo en dos ocasiones, sin que fueran atendidos, a partir de la reiteración de quejas relativas al funcionamiento del servicio A ello se añade la comisión de faltas graves, como las irregularidades en la emisión de facturas, hecho que se le imputa a la concesionaria y se demuestra en los informes obrantes en el expediente.

10. Por tanto, ha quedado debidamente acreditado que la empresa concesionaria del servicio ha llevado a cabo de forma reiterada, pese a los requerimientos de la Administración, incumplimientos muy graves y esenciales de las obligaciones inherentes a la prestación del mismo, actuando de forma negligente, afectando de forma notoria y directa a su prestación.

Por ello, procede la resolución del contrato pretendida.

11. Además, puesto que la garantía definitiva está afecta al cumplimiento por el contratista de sus obligaciones, procederá su incautación como consecuencia de un procedimiento de resolución culpable del contratista [arts. 88.b) y 92.1 LCSP], sin perjuicio de los daños y perjuicios que deba indemnizar a la Administración.

Estos daños y perjuicios, si los hay, deberán hacerse efectivos en primer término sobre la garantía (art. 208.4 LCSP), sin perjuicio de que su insuficiencia motive la exigencia del diferencial. En relación con ello, este Organismo ha señalado en el Dictamen 289/2014, de 3 de septiembre, tal y como lo hace el Consejo de Estado en su Dictamen 1103/2013, que « (...) *en lo que se refiere a los efectos de la resolución del contrato resulta aplicable lo previsto en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). Conforme a este último, "en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración*».

CONCLUSIÓN

Se considera conforme a Derecho la Propuesta de Acuerdo resolutorio del contrato administrativo de gestión del servicio público para la recogida y transporte

de los residuos urbanos así como el lavado y limpieza de contenedores del municipio de La Aldea de San Nicolás, adjudicado a la entidad mercantil X. S. A. el día 20 de agosto de 2010.