



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 8 4 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 8 de junio de 2016.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Educación y Universidades del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo del servicio de mantenimiento de diverso equipamiento hardware de la actual Consejería de Educación y Universidades, suscrito el día 8 de octubre de 2015 con la UTE G.B.C.S., S.L. - A.I., S.L. (EXP. 169/2016 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Consejera de Educación y Universidades, es la Propuesta de acto decisorio del procedimiento de resolución del contrato del servicio de mantenimiento de diverso equipamiento hardware de la Consejería de Educación y Universidades, adjudicado, mediante procedimiento negociado sin publicidad y por tramitación urgente, a la Unión Temporal de Empresas (UTE) G.B.C.S., S.L. - A.I., S.L., la cual se ha opuesto a la resolución contractual.

2. Esta oposición determina la preceptividad del dictamen y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo, según el art. 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo en relación con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. La legitimación de la Consejera de Educación y Universidades para solicitar el dictamen resulta del art. 12.3 de la referida Ley.

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

3. El contrato se adjudicó el 30 de junio de 2015, por consiguiente la legislación sustantiva por la que se rige el contrato es el mencionado Texto Refundido. El 8 de octubre del 2015, se formalizó el contrato de servicios.

4. Por la Resolución 903/2016, de 8 de marzo, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Universidades, se inició el procedimiento para la resolución del contrato del servicio de mantenimiento de diverso equipamiento hardware con la Unión Temporal de Empresas (UTE) G.B.C.S., S.L. - A.I., S.L. (citada en adelante como la UTE) por incumplimiento culpable de la contratista, causa de resolución establecida en el art. 223.d) TRLCSP. Esta resolución se notificó a la empresa contratista y a la entidad avalista por plazo de diez días para que formularan alegaciones. La UTE presentó sus alegaciones por las que se oponía a la resolución contractual y solicitaba el archivo del expediente porque no había incurrido en incumplimiento culpable. Su argumentación estriba en lo siguiente:

a) Que se les había comunicado la obligatoriedad de contratar con la empresa H.P.E., S.L. (citada en adelante como H.P.E.), obligación que no contiene el pliego de prescripciones técnicas (PTT) ni documento contractual alguno.

b) Que pretendía cumplir con los requisitos mediante la contratación de los mismos servicios que ofrece H.P.E. con una tercera empresa debidamente certificada, como había explicado en su escrito de 16 de septiembre de 2015.

c) Que le sorprendió la decisión de imponerle la contratación con H.P.E., lo cual le encarecía los costes de modo tal que perdía el margen de beneficios, lo que no sucedía si contrataba con esa tercera empresa, cuyos productos estaban homologados y cumplían todas las exigencias técnicas del contrato.

d) Que esa fue la razón por la que se vieron obligados a renunciar al contrato, por lo que esa decisión no se puede calificar como incumplimiento culpable.

5. El escrito de alegaciones de la contratista se remitió al Área de Informática y Nuevas Tecnologías de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Universidades para que informara sobre ellas. Esa unidad administrativa emitió informe el 7 de abril de 2016, en el que se expresa:

a) Que en su anterior informe de 7 de octubre de 2015, obrante en el expediente, ya se había indicado que para el adjudicatario era imposible cumplir las condiciones del pliego de prescripciones técnicas sin mantener una relación contractual directa o mediante tercero con el fabricante de los equipos objeto del contrato.

b) Que la contratista, en su escrito de 16 de septiembre de 2015, mencionado en sus alegaciones, afirmaba que mantenía una vinculación con una tercera empresa que mantenía una relación con el fabricante que la habilitaba para realizar actuaciones sobre los equipos de manera general y no específicamente sobre los equipos objeto del contrato para la realización de las actualizaciones de microcódigo y software que son imprescindibles para cumplir las condiciones del pliego de prescripciones técnicas.

c) Que en ningún momento se obliga al adjudicatario a contratar con una empresa determinada, sino a cumplir con las indicaciones del fabricante en relación a disponer legalmente de las actualizaciones de microcódigo y software necesarias para la ejecución del contrato.

6. Este informe es emitido por una unidad administrativa del órgano instructor y se limita a ilustrar a este sobre cuestiones técnicas recogidas en documentos ya obrantes en el expediente conocidos por la UTE, sin introducir hechos ni documentos nuevos. Por esta razón no genera indefensión a ésta que no se le haya trasladado para que alegue sobre él.

7. La Propuesta de Resolución ha sido informada por los Servicios Jurídicos, según lo dispuesto en el art. 20.II) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, aprobado por el Decreto 19/1992, de 7 de febrero, en relación con el art. 109.1.c), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

8. En definitiva, no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten a un dictamen de fondo.

II

1. Las cláusulas I y IV del contrato, en coherencia con los arts. 115.3, 116.1 y 208 TRLCSP, establecen que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) forman parte del contrato.

La cláusula I del contrato y la cláusula I del PCAP establecen como objeto principal del contrato «(...) el mantenimiento del equipamiento relacionado en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas. Entre este equipamiento hardware se incluye principalmente servidores, cabinas de almacenamiento, librerías de cintas y discos del fabricante H.P.E. La ejecución del objeto del contrato deberá adecuarse a

las prescripciones técnicas anexas que tienen carácter contractual. Dicho objeto corresponde al código 50312600-1 "Mantenimiento y reparación de equipo de tecnología de la información" de la nomenclatura Vocabulario Común de Contratos (CPV) de la Comisión Europea».

2. La cláusula II del PPT establece: «El presente pliego de prescripciones técnicas tiene por objeto la definición de las condiciones para la prestación de un servicio de mantenimiento de diverso equipamiento hardware (servidores, cabinas de almacenamiento, librerías de cintas, discos, etc.) del fabricante H.P.E.».

La cláusula III del PPT entre los trabajos a ejecutar incluye la instalación y actualización de software y el suministro de nuevas versiones de éste. Además, precisa que los trabajos a realizar sobre los equipos incluidos en el contrato se aplica a sus elementos físicos, a todos sus componentes y como al microcódigo que pudiera ser necesario para el correcto funcionamiento del equipo.

La cláusula IV.3 del PPT en el mantenimiento evolutivo «Incluye el suministro de nuevas versiones, instalación de actualizaciones y parches que pudieran ser necesarios para corregir o prevenir un funcionamiento anómalo de los sistemas mismos, así como consultas y resolución de problemas relacionados con dicho equipo lógico de base. Se aplica tanto al hardware como al software necesario para la gestión de cabinas y servidores. Esta actuación deberá ser llevada a cabo por personal cualificado y siguiendo las mejores prácticas que se detallen por el fabricante».

Las actualizaciones de versiones o cambios se llevarán a cabo siempre que el fabricante determine que son necesarias.

La cláusula IV.4 del PPT prevé que en caso de que el fabricante de los equipos en mantenimiento determine un cambio como necesario, la Administración y la contratista acordarán cómo realizarlo en el plazo más breve posible.

La cláusula V.5 del PPT prescribe que las tareas de mantenimiento deberán ser realizadas «siguiendo las instrucciones del fabricante».

La cláusula IV.5 del PCAP permitía que el licitador, al presentar su oferta, justificara mediante una declaración responsable la posesión de los requisitos de aptitud, capacidad y solvencia exigidos. Luego, el licitador, sobre cuya oferta recayera la propuesta de adjudicación, debía acreditar ante el órgano de contratación, con carácter previo a la adjudicación del contrato y mediante la presentación de la documentación mencionada en la cláusula XIV del PCAP, la

posesión de esos requisitos. Por esta razón, el apartado 1 de esta última cláusula, al amparo del art. 151.1 TRLCSP, facultaba al órgano de contratación para solicitar los informes técnicos que estimara convenientes sobre las ofertas.

La cláusula IV.2 del PCAP para la acreditación de la solvencia técnica exigía que los licitadores presentaran:

a) «Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años, cuya naturaleza tenga relación directa con el objeto de la presente contratación, que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. Será necesaria la acreditación de la realización de al menos dos trabajos».

b) «Indicación de las cualificaciones profesionales del personal técnico participante en el contrato, sin indicación de datos personales».

3. Para acreditar su solvencia técnica, G.B.C.S., S.L. presentó:

a) Certificación, de 20 de agosto de 2013, de la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, que acreditaba que G.B.C.S., S.L. mantenía un contrato de servicios de mantenimiento de los servidores corporativos de tres años y con un precio de 570.000 euros.

b) Certificación, 3 de junio de 2015, que acreditaba que G.B.C.S., S.L. mantenía un contrato de servicios de mantenimiento de los servidores corporativos del Servicio Canario de la Salud de dos años de duración y con un precio de 499.500 euros.

c) Certificación, de 1 junio de 2015, del Hospital Universitario Insular Materno-Infantil de Gran Canaria del Servicio Canario de la Salud, que acreditaba que G.B.C.S., S.L. prestaba con total satisfacción el servicio de mantenimiento de equipos informáticos desde el año 2000 y que mantenía actualmente un contrato con duración desde el 1 de mayo al 31 de diciembre de 2015.

d) Certificación, de 2 de junio de 2015, de la Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín del Servicio Canario de la Salud, que acreditaba que

G.B.C.S., S.L. prestaba desde hacía seis años mediante contratos de servicio el mantenimiento de sus servidores.

e) Informe, de 6 junio de 2012, de la empresa C.A.G.H., S.L., que expresaba que G.B.C.S., S.L. prestaba mediante contrato y con total satisfacción las tareas de mantenimiento informático, asistencia técnica y suministro de piezas de los servidores modelo EVAA y Blade BLC 3000.

4. El 18 de junio de 2015 la Jefa del Servicio de Contratación Administrativa y Administración General de la Consejería dirigió un oficio a la UTE para que subsanara defectos en la documentación presentada. En este oficio se decía:

«(...) en cuanto a la acreditación de la capacidad técnica, una vez examinada la documentación aportada, el Área de Informática de esta Secretaría General Técnica emite informe al respecto, en el que se indica lo siguiente:

“Tal como indica el punto 4.2 -apartado 3- del pliego de cláusulas administrativas, deberán indicarse las cualificaciones profesionales del personal técnico participante en el contrato, sin indicación de datos personales

Una vez revisada la documentación aportada, se observa que:

No dispone de certificaciones oficiales del fabricante en relación a los equipos detallados en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas.

No disponen de experiencia previa acreditada y contrastada en equipos semejantes a los detallados en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas”.

Debido a que el objeto principal del contrato es el mantenimiento del equipamiento relacionado en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas con el fin de garantizar la continuidad de la infraestructura física y lógica que sirve de soporte para los sistemas de información de este Consejería, consideramos que, por la información aportada, G.B.C.S. - A.I. no acredita la solvencia técnica necesaria para realizar el objetivo principal de este contrato».

5. Para acreditar la solvencia técnica, la UTE aportó copia del contrato de servicios de mantenimiento de los servidores corporativos del Servicio Canario de la Salud, del contrato de servicios de mantenimiento de los servidores y almacenamiento de datos de la Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín del Servicio Canario de la Salud, y del contrato de servicios de mantenimiento de los servidores corporativos de la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad.

El 30 de junio de 2015, a la vista de esos contratos, el Área de Informática y Nuevas Tecnologías de la Secretaría General Técnica emitió nuevo informe que expresaba lo siguiente:

«Con fecha 29 de junio de 2015, el Servicio de Contratación Administrativa nos ha remitido la información adicional aportada por la empresa que relaciona numerosos contratos de mantenimiento hardware con indicación en detalle de las características de los equipos objeto de mantenimiento.

Una vez revisada la documentación, se considera suficientemente demostrada la solvencia técnica, al acreditar la experiencia técnica necesaria mediante los contratos de mantenimiento cuya documentación se aporta y que se refieren a equipamiento hardware similar al relacionado en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas».

6. El 28 de julio de 2015, la empresa fabricante de los equipos remitió a la Administración un escrito en el cual, citando las cláusulas mencionadas del PPT, advertía de que:

«En base a los requisitos anteriores, y habiendo quedado de manifiesto la decisión de adjudicación a la empresa "UTE G.B.C.S., S.L. – A.I., S.L.", debemos poner en su conocimiento que actualmente no nos consta que dicha entidad mercantil mantenga una relación contractual con H.P.E. que le permita bien de forma genérica, bien en particular para los equipos objeto del citado expediente, suministrar actualizaciones de software y/o microcódigo de acceso no público, ni acceder a los laboratorios de H.P.E. para el desarrollo de nuevas versiones de software y/o firmware, por lo que de la eventual utilización o distribución sin la debida relación contractual con H.P.E. que les autorice a ello podrían derivarse responsabilidades legales tanto para la empresa prestataria de los servicios como para el titular de los productos. De la misma manera, debemos poner en su conocimiento que ni G.B.C.S., S.L. ni A.I., S.L. cuentan con las acreditaciones de servicio requeridas por H.P.E. para poder ser consideradas servicio técnico autorizado por H.P.E. para los equipos objeto del ya citado expediente. Por todo lo que antecede, les encarecemos requieran de "UTE G.B.C.S., S.L. - A.I., S.L." la aportación de la documentación que acredite de forma suficiente el cumplimiento de los requisitos de los pliegos anteriormente citados al mismo tiempo que nos ponemos a su disposición para la validación de los mismos (...)».

El 3 de septiembre de 2015, el Servicio de Contratación y Administración General, remitió a G.B.C.S., S.L el escrito del fabricante con el objeto de que procediera a realizar las aclaraciones que considerara oportunas. El 16 de septiembre, G.B.C.S., S.L. presentó un escrito en dicho Servicio de Contratación en el que, en relación con el escrito del fabricante, decía:

«(...) adjuntamos acuerdo de colaboración entre A.S., S.A. y G.B.C.S., S.L., con certificaciones del primero, con las que podrán verificar que cumplimos con los requisitos del pliego, al ser esta empresa G.P. de H.P.E. y disponer de las certificaciones necesarias para el mantenimiento evolutivo de las cabinas y servidores, incluyendo las actuaciones asociadas al software».

A este escrito se adjuntaba:

a) Un documento expedido por la empresa A.S., S.A. por el que esta empresa se comprometía a facilitar «los servicios ofertados por Canarias Servicios para la gestión del software de las cabinas EVA de H.P.E. en el Gobierno Canario. Todo ello lo realizará personal certificado en dichas soluciones de H.P.E., facilitando en caso de ser necesario Canarias Servicios la presencia para “manos on site” si fuese necesario».

b) Dos certificados expedidos por H.P.E. que demostraban que la empresa A.S., S.A. disponía de varias acreditaciones de servicio técnico autorizado por H.P.E.

7. De ese escrito y documentación se dio traslado al fabricante, el cual formuló las siguientes observaciones:

a) El acuerdo entre A.S., S.A. y una de las empresas que conformaban la UTE no obligaba a H.P.E. a suministrar la información técnica. Para ello era necesario un contrato con H.P.E..

b) A.S., S.A. les había solicitado una oferta de ese contrato.

c) Hasta que no se concluyera ese contrato entre A.S., S.A. y H.P.E., la primera no tendría derecho a acceder a los microcódigos de los servidores y a los programas informáticos de almacenamiento.

d) Desde el momento en que A.S., S.A. aceptara la oferta de H.P.E., se cumplirían los requisitos del pliego.

8. El 8 de octubre de 2015 se formalizó el contrato.

9. El 13 de octubre de 2015 la Secretaria General Técnica envió a la UTE un escrito recordándole que para acreditar su condición de servicio técnico autorizado del fabricante de los equipos era necesario que mantuviera una relación contractual con este.

El 10 de noviembre de 2015, se le reiteró a la contratista, mediante correo electrónico, la necesidad de aportar la documentación acreditativa de la relación con el fabricante como paso previo al comienzo de la ejecución del contrato.

10. El 19 de noviembre de 2015, la UTE envió un correo electrónico al responsable del contrato cuyo tenor era el siguiente:

«Mediante el presente pongo en su conocimiento, que las condiciones contractuales que teníamos con el partner de H.P.E. han sido modificadas, suponiendo ahora un aumento que supera con creces el presupuesto de la licitación del contrato al que el asunto hace referencia.

Por este motivo, y disculpándonos por las molestias que pudieran tener, les notificamos la renuncia al contrato».

Con esta manifestación el representante de la UTE reconocía que el *partner* de H.P.E. o empresa de servicio técnico autorizada por este fabricante, la empresa A.S., S.A., con la que había acordado que le prestaría el servicio técnico para el mantenimiento evolutivo de las cabinas y servidores y las actualizaciones de los programas informáticos, había modificado la retribución de sus servicios en una cuantía que comportaba que el contrato administrativo del servicio de mantenimiento ya no le era rentable a la UTE.

11. La Administración requirió a la UTE para que presentara esa renuncia formalmente a través del Registro. El 4 de enero de 2016, la UTE presentó en el Registro auxiliar de la Consejería de Educación y Universidades un escrito en el que declaraba que, debido a dificultades técnicas objetivas y no imputables al funcionamiento normal de la empresa, renunciaba al contrato.

12. La Administración requirió a la UTE para que en un plazo de diez días explicara en qué consistían esas dificultades técnicas. La UTE no cumplió con este requerimiento.

13. A solicitud del Servicio de Contratación Administrativa, el Área de Informática y Nuevas Tecnologías (informes de 25 y 29 de febrero de 2016) se pronuncia favorablemente sobre la conveniencia de resolver el contrato, debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales y a la renuncia expresa del contratista, reiterando que por la dirección técnica no se había realizado encargo de trabajo alguno, dado que el único hecho relevante desde la firma del contrato consistía en la renuncia del contratista al mismo. Añadía que durante el período de ejecución del contrato se había producido la rotura de algunas piezas, tramitándose la sustitución de las mismas con un presupuesto de 667,20 euros, IGIC incluido.

III

1. Como se recogió anteriormente, por la Resolución 903/2016, de 8 de marzo, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Universidades, se inició el procedimiento para la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista, causa de resolución establecida en el art. 223.d) TRLCSP. La UTE presentó alegaciones oponiéndose a la resolución contractual porque considera que no ha incurrido en incumplimiento culpable. Esas alegaciones, que se han recogido también en el apartado 4 del Fundamento I, consisten, en síntesis: que pretendía obtener los servicios técnicos de asistencia del fabricante H.P.E. mediante la contratación de los mismos servicios con una tercera empresa debidamente certificada por aquel, pero que la Administración pretendió obligarla a contratar con la empresa fabricante, obligación que no contiene el PTT ni documento contractual alguno; que la imposición de la contratación con H.P.E. encarecía los costes de modo tal que perdía el margen de beneficios, lo cual no sucedía si contrataba con esa tercera empresa, cuyos productos estaban homologados y cumplían todas las exigencias técnicas del contrato; y que por este motivo se vieron obligados a renunciar al contrato, por lo que esa renuncia no se puede calificar como incumplimiento culpable.

2. Las alegaciones de la UTE no se corresponden con la realidad. La Administración aceptó que la contratista obtuviera la asistencia técnica del fabricante a través de esa tercera empresa, A.S., S.A. Pero, como manifestó la propia contratista, cuando comunicó por primera vez a través de correo electrónico su renuncia al contrato, esa empresa había modificado la retribución de sus servicios al alza en una cuantía que comportaba que el contrato administrativo ya no le era rentable a la UTE. En su segunda declaración de voluntad de desligarse del contrato administrativo, la contratista manifestó simplemente que se debía a "dificultades técnicas objetivas" no imputables a ella, sin describir la naturaleza de esas dificultades técnicas ni sus causas. Únicamente, en el seno del procedimiento de resolución del contractual, ha alegado, en contradicción con sus manifestaciones anteriores y con lo actuado en el expediente, que su voluntad de incumplir el contrato se debe a la imposición de que contrate con el fabricante.

3. Como se ha señalado por extenso en los apartados 2 y 3 del anterior Fundamento, el objeto del contrato consiste en el mantenimiento de equipos informáticos fabricados por H.P.E. Este mantenimiento comprende la instalación y actualización de programas informáticos necesarios para el funcionamiento de los

equipos y el suministro de sus nuevas versiones. Es obvio que estos programas informáticos y sus actualizaciones y nuevas versiones así como el microcódigo necesario para el funcionamiento de los componentes del equipo únicamente las puede proporcionar el fabricante. Según el PTT, las tareas de mantenimiento se debían realizar siguiendo las instrucciones del fabricante y conforme a las mejores prácticas que este detallara y se procedería a los cambios en los programas informáticos y componentes cuando el fabricante determinara que eran necesarios.

Todo este soporte técnico el fabricante, salvo lo pactado para el periodo de garantía, no lo proporciona gratuitamente. Este hecho lo conocían perfectamente las empresas que conformaban la UTE, porque operan en el mismo sector económico y porque habían celebrado contratos administrativos de mantenimiento de equipos informáticos fabricados por H.P.E. Es patente, pues, que, según el contrato y de sus pliegos, la UTE estaba obligada a contar con el apoyo técnico del fabricante. El contrato no obliga a la contratista a obtener ese apoyo contratándolo directamente con el fabricante; por ende, no impide a la contratista que, siempre que respetara las limitaciones a la subcontratación establecidas en el PCAP, lo obtuviera a través de una empresa autorizada por aquel, pero lo que está fuera de duda es que estaba obligada contractualmente a contar con ese servicio técnico, porque es uno de los requerimientos técnicos del PTT.

4. La cláusula XXII.1 PCAP establece:

«Cuando el contratista incumpliera parcialmente las condiciones establecidas en este pliego, incurriendo en alguna de las causas que se recogen en el apartado 4 de esta cláusula, y siempre que el incumplimiento sea imputable al contratista, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva, o por la imposición de las penalidades establecidas en esta cláusula (...).».

Con la cobertura legal del art. 223.h) TRLCSP, el mencionado apartado 4 de la cláusula XXII PCAP, en relación con el apartado 1 de la misma, incluye, como causa específica de resolución contractual «El incumplimiento de los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas».

Se ha explicado que, conforme a la cláusula I del contrato y la cláusula I del PCAP en relación con las cláusulas II, III, IV.3 y 4 y V.5 del PPT, contar con el servicio técnico del fabricante es uno de los requerimientos técnicos del PTT. Está acreditado que la UTE no contaba, por propia decisión, ya que lo consideraba muy caro, con dicho servicio técnico. Esta carencia se subsume en la causa específica de resolución

contractual definida por la cláusula XXII PCAP como el incumplimiento de los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas.

5. Este incumplimiento no se justifica en la alegada y no demostrada circunstancia de que la contratación de ese servicio técnico, bien con A.S., bien con el fabricante, supone un incremento de costes para la UTE que comporta la pérdida de su beneficio empresarial.

En la contratación civil, los contratos son obligatorios para las partes (art. 1.278 del Código Civil); su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del Código Civil); y ningún contrato puede rescindirse por lesión fuera de los excepcionales casos tipificados en los números 1º y 2º del art. 1.291 del Código Civil (art. 1.293 del Código Civil).

En la contratación pública sucede igual: los contratos deben cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas (art. 209 TRLCSP); la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el art. 231 y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (art. 215 TRLCSP).

En el Fundamento de Derecho VI de la Sentencia de 28 enero de 2015 (RJ 2015\2072), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7ª) del Tribunal Supremo, se explica diáfanoamente este régimen en los siguientes términos:

«Entrando ya en el estudio de la cuestión de fondo aquí planteada, esta consiste en determinar si la disminución de tráfico en los tramos de la vía de peaje objeto de la concesión de la recurrente, extremo que no ha sido especialmente cuestionado por la Administración demandada, es un hecho que, por sí solo, impone modificar el contrato administrativo en los términos que la actora reclama y para evitar esa merma de ingresos que dice haber experimentado en relación con los que fueron previstos por dicha demandante cuando le fue adjudicado el contrato.

El estudio de la solución que haya de darse a dicha cuestión exige previamente efectuar las consideraciones que siguen.

La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la

sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de “ius variandi”, “factum principis”, y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000, que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del “ius variandi”; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP, introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de “ius variandi”, fuerza mayor, “factum principis” y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011, que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.

Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla».

En definitiva, el incumplimiento de no contar con el servicio técnico no se justifica en la alegada y no acreditada onerosidad de su coste para la UTE, por lo que merece la calificación de incumplimiento culpable.

6. En numerosos dictámenes de este Consejo Consultivo (véase, por todos, el Dictamen 391/2012, de 13 de septiembre), con cita de la doctrina al respecto del Consejo de Estado, se ha razonado que la resolución de un contrato procede al surgir una causa a la cual la ley o el contrato liga ese efecto, conque si posteriormente sobrevienen otras causas estas son ya irrelevantes. De donde se sigue que en el supuesto de concurrencia de varias causas de resolución se debe aplicar aquella que haya surgido antes en el tiempo; por ende, no puede alegarse como causa resolutoria una distinta y posterior si existe un incumplimiento anterior del contratista calificable como causa de resolución.

En el presente supuesto, el incumplimiento culpable de la UTE consistente en carecer del servicio técnico para la ejecución del contrato es el primer incumplimiento que surge en el tiempo. Por esta razón la resolución contractual pretendida debe fundarse en ella.

IV

1. El presente contrato se adjudicó, mediante procedimiento negociado sin publicidad y por tramitación urgente, a la Unión Temporal de Empresas (UTE) G.B.C.S., S.L. - A.I., S.L.

El art. 112.2,c) TRLCSP dispone:

«El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada».

El art. 223.c) TRLCSP establece dos causas de resolución: la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en el art. 112.2.c) TRLCSP.

El 8 de octubre de 2015, se formalizó el contrato. Su ejecución debió iniciarse el 24 de octubre de 2015, pero no se inició nunca, porque la contratista carecía del servicio técnico para la ejecución del contrato. La Administración tampoco la requirió para que iniciara dicha ejecución.

La Propuesta de Resolución invoca como fundamento de la resolución contractual el art. 223.c) TRLCSP, pero no concreta en cuál de las dos causas allí tipificadas se funda la resolución contractual. De todas formas, la segunda establecida en ese precepto no es invocable porque el incumplimiento del plazo para el inicio de la ejecución del contrato se debió a que surgió con anterioridad la causa de resolución cuya concurrencia se analizó en el Fundamento anterior, por lo que es ésta la que se ha de aplicar.

2. Por lo demás, esa invocación del art. 223.c) TRLCSP es un mero *obiter dicta* porque a continuación se afirma en la Propuesta de Resolución:

«En este supuesto, al no haber comenzado la ejecución del contrato, sino existir renuncia expresa al mismo por la parte contratista, se considera que existe incumplimiento de una de las obligaciones contractuales esenciales, como es la ejecución de este contrato. Por esto se considera que este supuesto es subsumible en el apartado f) del art. 223 del TRLCSP, el cual prevé como causa de resolución del contrato “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”».

No es necesario extenderse en que la renuncia al contrato por el contratista es lo mismo que su resolución contractual por la voluntad unilateral de este, lo cual prohíbe el TRLCSP. Tampoco es preciso explicar por qué esa resolución contractual unilateral por parte del contratista constituye un incumplimiento de una obligación fundamental y esencial sobre la cual reposan todas las demás obligaciones contractuales. Ello es así, porque esa resolución contractual unilateral surge con posterioridad a la aparición de la causa de resolución que representa el incumplimiento culpable de un requerimiento del pliego de prescripciones técnicas tal cual es disponer del servicio técnico para ejecutar las tareas de mantenimiento de los equipos.

V

El art. 100.c) TRLCSP establece que la garantía prestada por el contratista responderá de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato.

El art. 102.1 TRLCSP dispone que la garantía no será devuelta o cancelada si no se ha cumplido satisfactoriamente el contrato. Por esta razón, a continuación precisa que en los supuestos de resolución contractual solo se devolverá si no se debe a culpa del contratista.

En relación con esta regulación, está la del art. 225.3 TRLCSP que estatuye;

«Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada».

De estos preceptos resulta que siempre que la resolución contractual se deba a un incumplimiento culpable del contratista, la garantía será incautada, haya irrogado o no daños a la Administración. Si le ha causado daños, entonces la obligación de resarcirlos mediante la indemnización que se determine se cumplirá destinando la garantía al pago de esta. En caso de que la cuantía de esta no cubra la cuantía de la primera, el contratista continúa obligado al pago del importe restante de la indemnización.

En tal sentido, en nuestros Dictámenes 232/2012, de 10 de mayo y 447/2012, de 8 de octubre, hemos declarado que:

«(...) no puede confundirse sin más la eventual ausencia de daños y perjuicios, a los efectos correspondientes tras la resolución y la fase de liquidación del contrato, con la incautación de la fianza al existir culpa del contratista, que procede por esta sola razón (art. 208.3 LCSP) y que es lo que aquí acontece, teniendo en cuenta la causa de resolución alegada».

CONCLUSIONES

1. Procede la resolución contractual pretendida del contrato del servicio de mantenimiento de diverso equipamiento hardware de la Consejería de Educación y Universidades, adjudicado a la Unión Temporal de Empresas (UTE) G.B.C.S., S.L.-A.I., S.L., por el incumplimiento culpable de los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas, tal como se explica en el Fundamento III de este Dictamen; incumplimiento que el apartado 4 de la cláusula XXII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en relación con el apartado 1 de la misma, establece como causa específica de resolución contractual.

2. Por cuanto la resolución contractual se debe a un incumplimiento culpable del contratista, procede la incautación de la garantía.