



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 7 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 11 de octubre de 2018.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Yaiza en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato del Servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos del municipio de Yaiza, del que es adjudicataria la empresa (...) (EXP. 384/2018 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado el 21 de agosto de 2018 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 3 de septiembre), por el Señor Alcalde del Ayuntamiento de Yaiza, es la Propuesta de Resolución del contrato de Servicio Público de recogida de residuos sólidos urbanos del municipio de Yaiza, adjudicado a la empresa (...).

2. La legitimación para la solicitud del Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo 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 y los arts. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).

3. Respecto a la legislación aplicable, atendiendo a las fechas en que se inicia el procedimiento, se advierte que el contrato del que trae causa el presente procedimiento fue adjudicado por Acuerdo Plenario de 10 de mayo de 2012, si bien el expediente se inicia mediante publicación en el Diario oficial de la Unión Europea el

* Ponente: Sra. de León Marrero.

22 de febrero de 2011, en el Boletín oficial del Estado de 23 de marzo de 2011 y en el Boletín oficial de la provincia de Las Palmas de 2 de marzo de 2011, así como en el perfil del contratante el 24 de febrero de 2011.

Dado que entre la publicación y adjudicación se produce un cambio normativo en materia de contratación pública, es necesario aclarar cuál es la norma a aplicar.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP) señala:

«1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Por su parte, la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público (TRLCSP), dispone:

«Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Siguiendo el tenor literal de estos preceptos, el contrato de gestión de servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos se regiría por la ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, al haberse publicado el anuncio antes de la entrada en vigor del RDLeg 3/2011, si bien la extinción entraría en el ámbito de aplicación del

RDLeg 3/2011 al haberse adjudicado el contrato con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

En el presente expediente, el pliego de cláusulas administrativas particulares remite a la Ley 30/2007 en todos los aspectos de la contratación, incluyendo la resolución (cláusulas 31 y 36). El contrato de fecha 12 de junio de 2012 remite a la legislación vigente, que en ese momento es el RDLeg 3/2011.

La normativa aplicable al contrato en ambos casos establece como causa de resolución: «El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato».

En este caso, el pliego de cláusulas Administrativas Particulares y el contrato, no definen qué obligaciones consideran esenciales y cuáles no, si bien la cláusula primera del contrato recoge el compromiso del contratista de sujetarse estrictamente al pliego de prescripciones técnicas, al pliego de cláusulas administrativas y a las condiciones de la oferta. La jurisprudencia viene señalando, sin solución de continuidad, que los pliegos, tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas, constituyen la ley del contrato, cualquiera que sea el objeto de éste (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2012, recurso de casación 719/2010).

La STS de 25 de junio de 2002 determinaba cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes que «el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial», debiendo 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».

La cláusula 31 del pliego de cláusulas administrativas particulares señala: «En el caso de que el contratista realizara defectuosamente el objeto del contrato, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato con incautación de la garantía constituida, o bien imponer una penalización económica proporcional a la gravedad del incumplimiento, en una cuantía que podrá alcanzar el 10% del presupuesto del contrato».

Se hace preciso, por tanto, analizar si hay incumplimientos graves del pliego de cláusulas administrativas particulares, del pliego de prescripciones técnicas, del contrato y de la oferta presentada por el contratista.

4. Plazo para la resolución del expediente: El plazo para resolver el expediente es de ocho meses, en virtud del art. 212.8 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). Dicho plazo no se ha sobrepasado.

II

- Mediante Decreto de fecha 16 de febrero de 2010 se inicia por el Ayuntamiento de Yaiza expediente de contratación de los servicios públicos de recogida de residuos sólidos urbanos del municipio de Yaiza, consistente en la recogida y transporte de residuos urbanos, limpieza y mantenimiento de contenedores, adquisición, instalación y reposición de contenedores, así como su posterior traslado al Complejo Medioambiental de Zonzamas (expediente de contratación número 21/2010). Se licita dicho expediente con un presupuesto base de 13.038.242,40 €.

- Con fecha de 15 de abril de 2011 se celebra la Mesa de contratación, llevándose a cabo la apertura las propuestas presentadas por parte de las siguientes empresas:

(...), (...), (...).

- Con fecha de 28 de diciembre de 2011 se emite informe técnico como requerimiento a la empresa (...) ya que conforme a los pliegos de condiciones, el criterio más valorado para la adjudicación es el económico, existiendo diferencias sustanciales entre las proposiciones económicas presentadas. El 12 de marzo de 2012 se emite nuevo informe técnico, donde se advierte sobre la posible situación de baja temeraria por parte de la empresa (...), dándose traslado del mismo a la empresa.

El requerimiento es recibido por la empresa el 13 de marzo de 2012, que presenta justificación para esclarecer la oferta presentada de fecha 16 de marzo de 2012. A su vista, se emite nuevo informe técnico de fecha de 20 de marzo de 2012 donde se concluye que «vistas las opciones presentadas y atendiendo a los criterios de adjudicación, en lo que prima esencialmente el económico, entendemos que la adjudicataria del concurso será la empresa (...)».

- Se adjudica el contrato por Acuerdo Plenario, por unanimidad de los reunidos, en sesión ordinaria celebrada el 10 de mayo de 2012 a la mercantil (...) por el plazo de diez años, conforme a su oferta que se cuantifica en 7.440.490,70 € (IGIC incluido).

- Por último, se firma contrato administrativo de servicio público el 12 de junio 2012. Asimismo, se emite Decreto de designación de responsable del contrato de fecha 12 de junio de 2012, designándose como tal al Técnico Municipal (...).

- En el expediente de contratación consta que se deposita aval por parte del (...), en calidad de avalista de dicho contrato suscrito, por un importe de 354.310,00 €.

III

- Por la empresa (...) se presentó escrito el 25 de mayo de 2017, donde se solicitaba compensación económica por desequilibrio financiero por los servicios que se prestan en el municipio. Con fecha 8 de agosto de 2017 se presenta escrito solicitando revisión de precios, y con fecha 30 de noviembre de 2017 se solicita revisión del IPC.

- Con fecha 10 de enero de 2018 se emite Decreto n.º 2018-0042 mediante el que se deniega la solicitud de revisión de precios y se remite el cálculo correcto del IPC. Ante dicha denegación se presenta recurso de reposición por la empresa.

- El 8 de marzo de 2018 se presenta por parte de la empresa (...) escrito solicitando compensación económica por desequilibrio económico y financiero a partir del 1 de abril de 2018.

- A comienzos del mes de abril se detecta que el servicio no se está prestando de forma adecuada. Se emiten diversos informes policiales en los que se comunica al Ayuntamiento que la acumulación de basura es constante en diversos puntos de recogida del municipio, los contenedores presentan roturas, desperfectos y alto grado de deterioro y suciedad, desprendiendo mal olor. Además se hace constar otras deficiencias del servicio puestas de relieve por manifestaciones y quejas vecinales que hasta ahora no se habían producido.

- Se practica requerimiento a la empresa (Decreto 2018-0876) a fin de que cumplan íntegramente la jornada, a lo que la empresa (...) realiza alegaciones amparándose en el cumplimiento de la jornada de sus empleados según el Estatuto de los trabajadores que rige en materia laboral. No obstante, se argumenta por el Ayuntamiento que el cumplimiento del contrato administrativo establece la jornada de prestación del servicio durante ocho horas, debiendo la empresa concesionaria dotar el servicio de los medios necesarios a fin de cumplir la jornada estipulada en el

contrato, motivo por el que se desestiman sus alegaciones (Decreto 2018-1141); contra dicha desestimación interpuso la empresa recurso de reposición.

- Posteriormente, se suceden numerosos informes y sus correspondientes requerimientos que constan todos en el expediente administrativo, acreditativos del constante incumplimiento por parte de la empresa.

- Asimismo se registran por la Policía Local, numerosas quejas en relación con la prestación del servicio destacando la de la Directora del Colegio Público de Yaiza.

- Vista la falta de respuesta ante los requerimientos efectuados y el sentido de las alegaciones, el Ayuntamiento de Yaiza, previa propuesta vía informe del Técnico responsable del contrato, abre tres expedientes sancionadores por diferentes incumplimientos:

- Expediente sancionador n.º 1: Por el incumplimiento de jornada establecida en contrato. Se inicia por Decreto 2018-1050 de 23 de abril, por falta muy grave. Se presentaron alegaciones por la empresa (registro de entrada 7127 de 16 de mayo), encontrándose aún abierto el expediente.

- Expediente sancionador n.º 2: Por el incumplimiento de la obligación esencial del contrato consistente en la recogida de los residuos sólidos urbanos del municipio de Yaiza. Se inicia por Decreto 2018-1167 de 9 de mayo por falta grave. Se presentaron alegaciones por la empresa (registro de entrada 9788 de 1 de junio), alegando que se cumple de manera taxativa lo establecido en el pliego, reitera la insostenible situación producida por el incremento de residuos generados. El 8 de junio de 2018 se emite informe del Técnico responsable del contrato, en el que atendiendo a las alegaciones, a la persistencia en la actitud incumplidora, el lamentable estado de las calles del municipio a consecuencia del acumulado volumen de basura en los contenedores y las quejas vecinales generando riesgos graves sanitarios y de salubridad, se propone el archivo del expediente sancionador y se propone el Inicio del Expediente de Resolución del Contrato. Se declara el archivo del expediente sancionador mediante Decreto 2018-1427.

- Expediente sancionador n.º 3: Incumplimiento de las obligaciones de lavado y desinfección de contenedores. Se inicia expediente sancionador por el incumplimiento de la obligación de lavado y desinfección de contenedores, mediante Decreto 2018-1204, de 16 de mayo, por falta grave, continuando abierto el expediente.

- Los hechos objeto de los expedientes sancionadores 1 y 3, han quedado excluidos como causa del presente expediente de Resolución de contrato.

- En el mes de abril, las carencias del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos del municipio de Yaiza se iban haciendo cada vez más patentes. La Policía Local había venido realizando informes casi a diario de las deficiencias observadas en el servicio. Los informes policiales se emitían en ocasiones a consecuencia de requerimientos vecinales, de representantes o directores de instalaciones turísticas, en funciones de asistencia y acompañamiento al Técnico responsable del contrato, así como al Técnico del Área de Salud Pública de Lanzarote o en funciones de inspecciones rutinarias propias de su servicio.

- Los informes constatan la falta de recogida en urbanizaciones residenciales dejando los contenedores llenos y basura en el exterior; basura acumulada en diferentes establecimientos hoteleros y de apartamentos, en diferentes calles de Playa Blanca provocando quejas de los vecinos por la basura acumulada, el desprendimiento de malos olores y ratas. Además reflejan el estado de los contenedores, presentado roturas y estado de gran deterioro, sin que sean repuestos por la empresa concesionaria. A cada informe se le anexa reportaje fotográfico.

- Las deficiencias en el servicio se dan en todo el itinerario del municipio, si bien es mayor su incidencia en el núcleo turístico de Playa Blanca, al concentrarse en dicha zona el mayor número de la población residencial y unirse a ella la población flotante y los establecimientos turísticos.

- El Cabildo Insular de Lanzarote también traslada su queja respecto al servicio de recogida de residuos, en este caso respecto a la existencia de residuos acumulados en los contenedores del camping de Papagayo, gestionado por la Administración Insular, solicitando se proceda a su retirada. La solicitud se realiza vía correo electrónico de fecha 13 de abril.

- Se emiten informes referentes a la comprobación de existencia de vertidos en la vía, sobre control de los camiones, respecto a la falta de prestación del servicio de recogida de animales muertos en la vía pública o al cumplimiento de la jornada.

Durante el periodo relatado, los meses de abril, mayo y principios de junio de 2018 se registran en el Ayuntamiento de Yaiza numerosos escritos provenientes de Presidentes de Comunidades de Propietarios de Urbanizaciones Residenciales, empresarios, directores de hoteles, Puerto Deportivo y vecinos particulares, en todos

ellos, principalmente se comunica que hasta entonces la recogida de residuos se realizaba todos los días (salvo los domingos), sin embargo ahora solo pasan dos días en semana, presentando queja al respecto.

En otros escritos registrados se comunica la falta de recogida durante varios días consecutivos o alternos, y que el día que recogen, la retirada de los residuos es parcial, es decir, dejan parte del cuarto de basura con residuos. Denuncian que esto provoca que la basura se acumule, y que retiran la recientemente depositada y la antigua va quedándose atrás. Se comunica que con sus propios empleados se «remueve la basura» para evitar que la basura que queda atrás de forma indefinida sea la más antigua.

Algunos escritos refieren que la defectuosa prestación del servicio está provocando insalubridad y mala imagen a los establecimientos y al destino turístico «Playa Blanca» y «Yaiza» en general. Otros escritos instan al Ayuntamiento de Yaiza a que se adopten las medidas oportunas.

Son numerosísimos los escritos registrados durante el periodo, que a medida que avanzan en el tiempo acusan la situación de riesgo sanitario, la responsabilidad de la Administración Local respecto al servicio de recogida de residuos en el municipio, así como que se están ocasionando perjuicios, y la responsabilidad de la Administración respecto al servicio de recogida de sus propios contenedores que han tenido que contratar, ante la desidia de la empresa concesionaria y la ineficaz actuación del Ayuntamiento de Yaiza, al estar en riesgo su propia actividad.

A partir de finales de abril y en adelante, las reclamaciones presentadas por el deficiente servicio de recogida de basura en el municipio, solicitan además, vía reclamación patrimonial a la Administración, los perjuicios causados consistentes en gastos generados por la limpieza de los contenedores, y su recogida, retirada y traslado al Complejo Ambiental Zonzamas por terceras empresas contratadas ante la imperiosa necesidad y a fin de evitar una situación de riesgo de salud pública que pondría en peligro tanto a las personas y vecinos de la zona, como la propia actividad que se desempeña (...). Durante el mes de mayo la situación empeora de manera considerable.

- En fecha 13 de junio de 2018 se dicta Providencia de la Alcaldía, por la que, a la vista del informe emitido por el Técnico responsable del contrato en fecha 8 de junio de 2018 en el seno del expediente denominado «sancionador», dispone que se emita informe técnico sobre el incumplimiento contractual e informe de la Secretaría sobre la legislación aplicable y trámites a seguir.

- En fecha 28 de junio, por los motivos que obran en los antecedentes del mentado informe, se emite Informe Propuesta de Inicio de Expediente de Resolución del Contrato del Servicio de Recogida de Residuos Sólidos del municipio de Yaiza. Tal informe basa su Propuesta en una serie de hechos, debidamente justificados en el desarrollo de su informe y al que nos remitimos en su integridad.

Inicialmente y con el propósito de no acudir directamente a la medida más gravosa, el Técnico municipal propuso que se realizaran requerimientos al contratista, así como el inicio de expedientes sancionadores, esperando que los mismos tuvieran un efecto persuasivo ante la empresa y así remitiera en su conducta incumplidora, dando solución tanto a la falta de recogida de contenedores que se producía cada día a lo largo del recorrido, como los referidos a la sustitución de los contenedores deteriorados; cumpliera con su obligación de recogida de animales muertos y con el resto de las obligaciones del contrato, tipificando aquellos hechos como anomalías reiteradas en la prestación.

Transcurridos más de dos meses, la conducta incumplidora de la contratista continuó y las irregularidades en la prestación del servicio se prolongaron en el tiempo. Y no sólo no fueron subsanadas por la empresa adjudicataria sino que se confirmaron en sus escritos, defendiendo su actitud argumentando que la misma se ajusta a las obligaciones asumidas en el contrato.

Eso llevó al Técnico a concluir que no se estaba ante incumplimientos puntuales y/o circunstanciales del Servicio de Recogida de Residuos tipificados como graves (tipificación dada a la conducta en el expediente sancionador) susceptibles de penalización económica, sino que se estaba ante un claro, grave y constante incumplimiento de las obligaciones principales del Servicio, que no es otro que la recogida en los términos previstos en el Pliego de los residuos del municipio de Yaiza, situación que de no erradicarse se habría mantenido en el tiempo y con la llegada del verano habría puesto en situación de riesgo sanitario extremo a la población del municipio.

Se constatan los siguientes incumplimientos merecedores de la incoación de un expediente de resolución contractual:

- sustitución de contenedores deteriorados (...).
- retirada de animales muertos (...).
- deficiencias en el mantenimiento de los vehículos (...).

- incumplimiento de la empresa con respecto a la obligación de tener un código cuenta de cotización independiente en la seguridad social (...).

- incumplimiento de la obligación esencial del contrato de recogida de residuos sólidos urbanos.

- incumplimiento de la obligación principal y esencial del contrato de Servicio, que consiste en recoger los recipientes de basura de TODOS los edificios o viviendas del itinerario.

Según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de la gestión del servicio público de recogida de Residuos Sólidos Urbanos del Municipio de Yaiza, el objeto del contrato es (Disposición General 1): «la gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos del municipio de Yaiza consistente en la recogida y transporte de residuos urbanos limpieza y mantenimiento de contenedores. Adquisición, instalación y reposición de contenedores, así como su posterior traslado al Complejo Medioambiental de Zonzamas».

El Pliego de Condiciones Técnicas para la contratación del servicio de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos del municipio de Yaiza en su punto 4 apartado 1 sobre Descripción del Servicio de Recogida y Transporte de Residuos sólidos urbanos establece que los trabajos consistirán en retirar las basuras colocadas en bolsas, que estarán depositadas en contenedores de residuos (normalizados o sin normalizar), estableciendo que concretamente consistirá en: recogida y transporte al vertedero insular de basuras y residuos domiciliarios procedentes de la normal actividad doméstica y comercial (...); de establecimientos comerciales, hostelería, restauración, bodegas, puertos deportivos (...); recogida de basuras, incluso animales muertos, que aparezcan abandonados en la vía pública (...) limpieza, mantenimiento, conservación y reposición de recipientes normalizados de recogida de basuras o contenedores.

Se recoge también expresamente que la empresa contratista se obliga a recoger los recipientes de basura de todos los edificios o viviendas del itinerario y que durante las operaciones de manipulación o traslado de los recipientes con basuras, no se podrá derramar ninguna clase de residuo (líquido o sólido) y en el caso de que así sucediese, la empresa concesionaria estará obligada a retirarlos de forma inmediata, quedando limpios los lugares donde se ha efectuado la recogida.

Con la firma del contrato de Servicio suscrito en fecha 12 de junio de 2012, la empresa (...) se comprometía, con estricta sujeción al pliego de prescripciones

técnicas y pliego de cláusulas administrativas anexas y en las condiciones contenidas en su oferta, a realizar la contratación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos del municipio de Yaiza.

El contratista asumió la ejecución del contrato a su riesgo y ventura (apartado 27 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) respondiendo éste de la calidad del servicio y de los vicios que pudieran apreciarse durante la vigencia del contrato, salvo los defectos que se puedan apreciar que sean consecuencia directa e inmediata de una orden de la Administración.

La oferta de licitación estaba presupuestada en 13.038.242,40 €, sin embargo, la concesionaria asumió el servicio por casi la mitad del importe ofertado (7.086.181,70 €), presentando por escrito la justificación de los valores de la proposición del sobre «B», alegando que «los valores indicados en la presentación de Justificación de la Oferta» presentada en el Órgano de Contratación del pasado 17 de enero, nunca fueron o se presentaron como «valores anormales o desproporcionados» y que «siempre se procedió a su estudio concienzudamente, teniendo en cuenta, tanto la situación económica actual y que afecta a todos los estamentos locales y autonómicos, como las necesidades reales para la prestación del servicio».

La Resolución del Pleno de 29 de junio de 2018, trae causa y se apoya en el contenido del informe técnico municipal de fecha de 28 de junio de 2018, adoptándose Acuerdo Plenario de conformidad con la Propuesta del informe técnico. La Resolución adoptada fue notificada a la mercantil adjudicataria (...) y al avalista.

IV

1. Análisis del procedimiento de resolución contractual.

La normativa aplicable al procedimiento de resolución viene dada por la existente en el momento de su iniciación, tal como se establece en la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, en la disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El 29 de junio de 2018 el Pleno del Ayuntamiento acuerda iniciar el procedimiento para resolver el contrato por la existencia de graves incumplimientos contractuales, por tanto, habrá que estar a esta fecha para determinar la normativa aplicable al procedimiento de resolución del contrato.

El art. 212 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, señala que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. El art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, señala el procedimiento a seguir.

De la referida normativa se infiere la necesidad de emisión del Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, la necesaria audiencia al contratista y al avalista en caso de incautación de la garantía y el informe del servicio jurídico.

En el ámbito local, se preceptúa como necesarios para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con el art. 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL). Se han cumplido todos estos trámites.

2. Existencia de causa de resolución.

En el presente expediente de contratación, se incumplen las obligaciones principales del contrato, sin perjuicio de que se infrinjan también otras obligaciones que podríamos calificar de complementarias o accesorias, que se describen en los informes técnicos obrantes en el expediente administrativo. Nos sirve de referencia para considerar lo que se considera incumplimiento de obligaciones esenciales las infracciones muy graves y graves recogidas en el proyecto de explotación del servicio. Así:

- Se vulnera la obligación esencial de prestar el servicio con la regularidad prevista, lo que produce una gran acumulación de basura en diversos puntos del municipio, obligación que se incumple desde abril de 2018, originando molestias a los vecinos y riesgo sanitario.

- Los contenedores presentan desperfectos sin que se cumpla con el deber de restitución en los términos estipulados, al tener los contenedores sustituidos menos capacidad que la exigida en el proyecto de explotación del servicio.

- Inadecuado lavado de los contenedores, al no utilizar agua caliente, ni los productos desinfectantes estipulados.

- Incumplimiento de la jornada de ocho horas prevista en el proyecto de explotación del servicio.

- Incumplimiento de la maquinaria mínima destinada al contrato, en virtud del proyecto de explotación del servicio.

- Se incumple el pliego de prescripciones técnicas y el proyecto de explotación del servicio.

- En materia de personal el pliego de prescripciones técnicas establece una plantilla mínima, lo que nada impide que el contratista tuviera que incrementarla o contratar horas extra si fuera necesario para cumplir con el contrato, teniendo en cuenta que el contrato de gestión de servicio público se desarrolla a riesgo y ventura del contratista (art. 215 TRLCSP), sin que por ello se pueda pedir revisión de precios.

Alega el contratista como fundamento para incumplir el contrato y pedir revisión de precios, el aumento de volumen de residuos. Sin embargo, esta cuestión no resulta acreditada a la vista de los informes del Cabildo, ni sirvió de base al contratista en los años anteriores para incumplir el contrato, amén de que no consta que el contratista haya presentado la memoria de actuación, con la periodicidad trimestral exigida, en la que se reflejaran los volúmenes acumulados y se pusiera de manifiesto los problemas para cumplir el contrato. En todo caso, el contrato se desarrolla a riesgo y ventura del contratista, riesgo operacional que es clave para distinguir el contrato de gestión de servicio público de un contrato de servicios. Los contratos deben ser cumplidos, en virtud del principio *pacta sunt servanda* y sólo podría invocarse un riesgo imprevisible como causa para no cumplir, lo cual no se produce en este caso. El contrato se ha de cumplir a riesgo y ventura del contratista y la evolución de la demanda es una cuestión previsible por el contratista en el momento de hacer su oferta.

Resulta relevante señalar que en el pliego de cláusulas Administrativas particulares (cláusula 12), en los criterios de adjudicación, prima esencialmente el factor económico. El presupuesto base de licitación era de 13.038.242,40 euros y la oferta del contratista fue de 7.440.490,70 euros (IGIC incluido), lo que hizo surgir la duda de que la empresa estuviera incurso en situación de baja temeraria, dándose traslado a la misma para esclarecer la oferta. El contratista defendió en su informe el estudio a conciencia de los costes del servicio, en un contrato con una duración estimada de 10 años.

El 25 de mayo de 2017 solicitó compensación económica por los servicios que presta al municipio, por desequilibrio financiero del contrato de gestión de servicios públicos. El tiempo ha demostrado que la oferta realizada fue excesivamente

ajustada en precio, lo que ha impedido al contratista, a la postre, cumplir con las obligaciones propias del contrato. El contratista invoca las cláusulas de los Convenios Colectivos como motivo para no cumplir las jornadas de ocho horas previstas en el proyecto de explotación del servicio. Obvia el contratista que el contrato se desarrolla bajo el principio de riesgo y ventura, y tratándose de un contrato de larga duración, todos estos riesgos y costes tienen que ser evaluados con rigurosidad y prever un margen de holgura por el mismo al hacer su oferta.

Además, se cumple con el principio de proporcionalidad, al proponer la resolución del contrato, en la medida en que el Ayuntamiento antes de optar por la misma, realiza diversos requerimientos al contratista para que cumpla las obligaciones asumidas, requerimientos que no consiguen que el contratista subsane las irregularidades en la prestación del servicio. El incumplimiento de las obligaciones por el contratista puede calificarse de grave, a la vista de las circunstancias concurrentes, al originar importantes daños a terceros y generar riesgo sanitario en el municipio.

Los incumplimientos y sus consecuencias, en su conjunto, conducen a la conclusión de que ha habido incumplimiento de condiciones esenciales. El Tribunal Supremo en sentencia de 9 de octubre de 2000 (recurso de casación 2418/1995) establece: «la principal obligación contractual de la empresa contratista era la prestación del servicio de limpieza y recogida de residuos sólidos, obligación que es la que resultó incumplida en los términos ya expresados, por lo que dicho incumplimiento era causa suficiente para decidir la resolución del contrato».

3. Efectos de la resolución contractual.

El art. 208 Ley 30/2007 señala los efectos de la resolución del contrato:

«3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste 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.

6. Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 206, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio».

Los efectos de la resolución son, por tanto, además de la resolución del contrato, la incautación de la garantía definitiva.

La consecuencia de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista es la obligación de indemnización de daños y perjuicios, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Conviene en este punto traer a colación el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de abril de 2012 que señala: «Interesa resaltar que el apartado transcrito no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Esta previsión contrasta con la contenida en el artículo 113.4 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”), precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía». En el mismo sentido se pronuncian los dictámenes 54/2012 del Consejo Consultivo de C. La Mancha, 138/2012 del Consejo Consultivo de Asturias y 894/2012 de Andalucía.

En consecuencia, la garantía podrá ser retenida a la espera del resultado del procedimiento de determinación de daños y perjuicios.

4. Posibilidad de simultanear los procedimientos sancionadores con la resolución del contrato.

La resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios es una consecuencia del grave incumplimiento de obligaciones contractuales. Para llegar a la conclusión de que procede la resolución se realiza una valoración conjunta de las circunstancias concurrentes. Por ello, y con el fin de evitar la infracción del principio de *non bis in ídem* no debería simultanearse la resolución de contrato con expedientes sancionadores por cada una de las conductas infractoras.

La cláusula 31 del pliego de cláusulas administrativas particulares señala: «En el caso de que el contratista realizara defectuosamente el objeto del contrato, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato con incautación de la garantía constituida, o bien imponer una penalización económica proporcional a la gravedad del incumplimiento, en una cuantía que podrá alcanzar el 10% del presupuesto del contrato».

En nuestro Dictamen 165/2016, en un expediente de resolución de contrato de contenido similar se señala: «por tanto, si bien es cierto que la entidad adjudicataria ha cometido las infracciones que se indican en la propuesta de resolución, de acuerdo con la normativa aplicable, si la Administración opta por resolver el contrato no podrá imponer penalidades descritas en la cláusula 28, al resultar incompatible con los efectos que una resolución contractual produce».

C O N C L U S I Ó N

La propuesta de resolución se ajusta a Derecho, si bien deberá tenerse en cuenta que no es posible simultanear la instrucción de un expediente sancionador con la resolución del contrato.