



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de febrero de 2020.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato de «Suministro con instalación de elementos en los parques infantiles del Municipio de San Bartolomé de Tirajana», Lote núm. 1 «Zona alta y diseminados», adjudicado a la entidad (...) (EXP. 15/2020 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de San Bartolomé de Tirajana es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato de «*Suministro con instalación de elementos en los parques infantiles del Municipio de San Bartolomé de Tirajana*», Lote n.º 1 «*Zona alta y diseminados*», adjudicado a la entidad (...) el 25 de marzo de 2019 y formalizado mediante contrato administrativo el 8 de mayo de 2019.

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto tanto porque el contrato fue adjudicado y el presente procedimiento fueron iniciados con posterioridad a su entrada en vigor, como porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

También es de aplicación en cuanto al procedimiento de resolución contractual, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), también de carácter básico.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, dicha competencia le corresponde a la Alcaldía y, por delegación, con arreglo a las facultades que le confiere la Resolución de la Alcaldía n.º 3193, de 29 de junio de 2015, al Sr. Concejale Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda (cláusulas 9.1 y 9.2. del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato administrativo).

4. No ha transcurrido el plazo máximo de ocho meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual, establece el art. 212.8 LCSP, plazo que vence el 1 de abril de 2020, tomando como referencia la fecha en la que se inicia el procedimiento de resolución contractual mediante Providencia del Concejale Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda de 1 de agosto de 2019.

II

1. Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

- Mediante Decreto dictado por el Concejale Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda el 25 de marzo de 2019, se adjudicó a la entidad (...) el Lote n.º 1: *«Zona alta y diseminados»*, del contrato de *«Suministro con instalación de elementos en los parques infantiles del Municipio de San Bartolomé de Tirajana»*, formalizándose el contrato el día 8 de mayo de 2019.

- Con fecha 31 de julio de 2019 se da traslado al Departamento de Contratación de informe emitido el 15 de julio de 2019 por el Técnico Municipal responsable del suministro y por el Director de Obra, sobre la *«no equivalencia de los juegos*

ofertados» con los exigidos en el Proyecto, por si fuera causa de resolución del contrato.

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan las siguientes actuaciones:

- En virtud del ya citado informe, el 1 de agosto de 2019 se dicta Providencia por el Concejal Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda iniciando el presente expediente y solicitando informe a la Técnico Municipal de Contratación sobre legislación aplicable y procedimiento a seguir, informe que se emite el 2 de agosto de 2019.

- Mediante Decreto del citado Concejal Delegado, de 5 de agosto de 2019, se concede trámite de audiencia al contratista, señalando la concurrencia de la causa de resolución del contrato del art. 211.f) LCSP, consistente en el incumplimiento de la obligación principal del contrato por el contratista. De ello recibe notificación aquél y el avalista el 7 de agosto de 2019, presentando el contratista escrito de alegaciones en fechas 14 y 20 de agosto de 2019, donde se oponía a la resolución del contrato, si bien solicitaba suspensión del plazo de alegaciones hasta que se le entregaran los anexos que debía incorporar el Decreto de 5 de agosto de 2019.

- Así pues, tras remitirse tales anexos, el 16 de septiembre de 2019 se concede nuevo trámite de audiencia al contratista, presentando nuevo escrito de alegaciones el 25 de septiembre de 2019 en el que, amén de las alegaciones que manifiesta en virtud de las que se opone a la resolución invocada por la Administración, solicita expresamente que se anule a todos los efectos el contenido del escrito de alegaciones del 19 de agosto (presentado el 20 de agosto), al que sustituye este nuevo escrito de alegaciones.

- El 14 de octubre de 2019 se emite informe técnico de contestación a las alegaciones presentadas.

- Con fecha 28 de octubre de 2019 se emite Propuesta de Resolución acordando la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, entendemos que es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, avalada por los informes técnicos y jurídicos que justifican su conclusión.

2. Así, la Propuesta de Resolución determina la procedencia de la resolución del contrato que nos ocupa por incumplimiento del contratista, teniendo por opuesto a éste en el procedimiento.

Ello se fundamenta adecuadamente en el informe técnico emitido el 14 de octubre de 2019, en respuesta a las alegaciones formuladas por el contratista, donde se vuelve a recoger lo señalado en el informe del Técnico Municipal responsable del suministro y del Director de Obra de 15 de julio de 2019. Así, procede en este punto transcribir la Propuesta de Resolución que acoge, en virtud de aquellos informes, como causa objetiva de resolución del contrato la recogida en el art. 211.f) LCSP, que se refiere al «*incumplimiento de la obligación principal del contrato*».

A tal efecto, la Propuesta de Resolución, en virtud de los referidos informes desvirtúa las alegaciones del contratista, señalando:

«I.- En primer lugar, señala el contratista no ajustada a derecho la propuesta de resolución realizada por esta Administración al entender que de acuerdo con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y en la Ley, la Administración debió haber examinado con anterioridad a la adjudicación del contrato la adecuación de los productos ofertados a lo exigido en el Proyecto, no pudieron ahora impugnarlos, según se expone. No obstante, dicha pretensión no puede prosperar por las siguientes razones:

Debemos recordar que los Pliegos que rigen la licitación vincula tanto a la entidad contratante que los ha aprobado como a los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse de ellos, lo que significa que deben ser aceptados en su integridad. En este sentido, señala la cláusula 15.10 del PCAP que rige la licitación que: “La presentación de las proposiciones presume la aceptación incondicional por el empresario de la totalidad del contenido del presente pliego y del pliego de prescripciones técnicas particulares, sin salvedad o reserva alguna”.

Asimismo, el artículo 139.1 de la LCSP establece que “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones... sin salvedad o reserva alguna (...)”, obviamente extensible al pliego de prescripciones técnicas (PPT) y al Proyecto.

Tal y como se desprende de las cláusulas 14, 16.3 y Anexo II del PCAP la determinación de la oferta económicamente más favorable se llevó a cabo teniendo en cuenta dos criterios: la oferta económica y, la conservación y el mantenimiento periódico (bimensual) de lo instalado. La valoración de las características técnicas de los elementos a instalar en el Proyecto y en el PPT corresponde a la fase de ejecución contractual, esto es, la correspondencia entre lo exigido y lo efectivamente cumplimentado.

II.- No se corresponde con la verdad, la afirmación del recurrente de que presentó en el Departamento de Contratación, con fecha 24 de enero de 2019 y con motivo del requerimiento efectuado mediante Decreto núm. 96-17 ENE.2019, de fecha 15 de enero, al ser declarada como oferta económicamente más ventajosa, las fichas técnicas de los elementos a instalar. Mediante dicho Decreto se solicitó, y se presentó por parte del contratista acompañado de un índice, la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refiere el artículo 140 LCSP (escrituras, poder bastantado, solvencia, certificados de estar al corriente en las obligaciones tributarias, los certificados de cumplimiento de la norma UNE 1176,...), tal y como se acredita en el expediente administrativo, pero en ningún momento fichas técnicas de los elementos a instalar en los parques infantiles.

III.- Resulta llamativo que tras el análisis de las fichas técnicas aportadas por CONTENUR al Director de Obra y al Técnico Municipal y puesto de manifiesto la “no equivalencia” de los mismos, tal y como se señala en el informe emitido por el Director de Obra y el Técnico Municipal de 31 de julio de 2019, así como en los e-mails anexos al mismo, se aporte una segunda relación de fichas técnicas (igualmente NO EQUIVALENTES), pues de haber sido “equivalentes” como manifiesta el contratista, ninguna razón motiva la aportación de nuevas fichas técnicas, aseverando el Gerente de la empresa (como cita textualmente en el e-mail de 11 de junio) “Hemos tratado de buscar una equivalencia lo más cercana posible”. De ello se infiere, sin ningún lugar a dudas, que las fichas técnicas no son equivalentes con las exigidas en el Proyecto.

Para mayor abundamiento, alega el contratista que en lo referente a la calidad de los elementos ofertados no existen sino “ciertas diferencias en cuanto a los materiales empleados, colores, etc... pero con similares rendimientos y funcionalidades. Basta con analizar la descripción que se detalla en el informe técnico (Anexo 5 comparativo donde se justifica la no equivalencia de los juegos ofertados), para ver que no se trata de simples diferencias en los materiales. Así y a modo de ejemplo, la estructura de acero del “Columpio Tribbox Swingu” tiene un diámetro de 90 mm frente a los 60 mm del columpio ofertado por el contratista, es decir, un 33% menos y, sin piezas de polietileno o, el “muelle de integración handicapped-ready spring rider” es un columpio diseñado para niños con discapacidad. No obstante, el ofertado por el contratista no cumple con dicha funcionalidad.

SEGUNDO.- Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, siendo en este caso las características técnicas de los equipamientos o juegos a suministrar perfectamente identificadas en los siguientes apartados del Proyecto:

1. Memoria: Se describen los elementos a instalar en cada uno de los parques (ANEXO 1).

2. En el Anejo 3 a la Memoria: Justificación de Precios. Queda recogido el listado específico de elementos a instalar o equivalentes dentro del listado de materiales y en los precios descompuestos.

3. En los Planos: En cada plano de planta del Proyecto, queda perfectamente definido cuál es el elemento a instalar con su referencia, o equivalente y la distribución en planta de los mismos.

4. Presupuesto: Están recogidos en todo el Presupuesto, quedando perfectamente identificado el producto a suministrar con referencia a un modelo específico o equivalente.

En definitiva, con lo expuesto, no cumpliendo el producto ofertado con las características específicas exigidas, ello es motivo más que suficiente y evidente para concluir que el contratista ha incumplido claramente la obligación esencial de realizar la prestación definida en el contrato, siendo por tanto imputable exclusivamente al mismo dicho incumplimiento, lo que debe llevar a la resolución contractual de conformidad con el artículo 211.f) de la LCSP, y por ende, a la incautación de la garantía definitiva establecida».

3. Efectivamente, como bien se señala en la Propuesta de Resolución, el contratista maneja dos argumentos básicos para desvirtuar la causa de incumplimiento culpable que le imputa la Administración; ambas refutadas correctamente.

Por un lado, a lo largo de su escrito de alegaciones de 25 de septiembre de 2019, el contratista fundamenta en primer lugar su cumplimiento en la aportación, antes de la adjudicación del contrato, de las fichas técnicas de los elementos ofertados, amparándose en la remisión de varios correos electrónicos a la Administración mediante los que ponía en su conocimiento esta circunstancia. Así, argumenta que debió advertírsele la falta de equivalencia antes de la adjudicación del contrato, en su caso.

Sin embargo, no es así. Y es que, sólo vincula a la Administración lo recogido en el PPT y en contrato administrativo, máxime cuando el propio contratista reconoce en su escrito de alegaciones que la Administración no respondió, por ejemplo, al correo electrónico presentado por dicho contratista el 29 de mayo de 2019, y es que todo lo ajeno al contrato resulta irrelevante a efectos de este si no se incorpora al

mismo tras haber sido tomado en consideración como criterio adjudicación. Así, efectivamente, en primer lugar, el único criterio de adjudicación fue la oferta económica, sin que conste ninguna mejora al PPT, por lo que aquélla necesariamente se vincula al PPT y al proyecto licitado. Así consta en la publicación de la adjudicación del contrato en el DOUE, en su apartado *«Criterios de adjudicación»*: precio, y, por su parte, en la publicación de la adjudicación en la PCSP consta en el apartado *«Motivación de la adjudicación»*: ser la oferta económicamente más ventajosa del suministro de referencia para el Lote n.º 1, conforme a los criterios de adjudicación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Así se recoge expresamente en el contrato suscrito el 8 de mayo de 2019, en cuyo antecedente administrativo III consta que se declaró como oferta económicamente más ventajosa la presentada por la entidad mercantil (...), añadiendo la cláusula primera del contrato, relativa a su objeto:

«(...), en representación de la entidad (...), se compromete a prestar el suministro de referencia con estricta sujeción al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Proyecto Técnico y propuesta presentada que figuran en el expediente, documentos contractuales que acepta incondicionalmente y sin reserva alguna.

A todos los efectos los documentos citados anteriormente tienen carácter contractual y se consideran recogidos en el presente contrato, que la empresa, Entidad (...), acepta plenamente, dejando constancia de su conformidad mediante firma del mismo».

Por ello, resulta contundente la Propuesta de Resolución cuando afirma:

«Debemos recordar que los Pliegos que rigen la licitación vincula tanto a la entidad contratante que los ha aprobado como a los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse de ellos, lo que significa que deben ser aceptados en su integridad. En este sentido, señala la cláusula 15.10 del PCAP que rige la licitación que: “La presentación de las proposiciones presume la aceptación incondicional por el empresario de la totalidad del contenido del presente pliego y del pliego de prescripciones técnicas particulares, sin salvedad o reserva alguna”.

Asimismo, el artículo 139.1 de la LCSP establece que “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones... sin salvedad o reserva alguna (...)”, obviamente extensible al pliego de prescripciones técnicas (PPT) y al Proyecto.

Tal y como se desprende de las cláusulas 14, 16.3 y Anexo II del PCAP la determinación de la oferta económicamente más favorable se llevó a cabo teniendo en cuenta dos criterios:

la oferta económica y, la conservación y el mantenimiento periódico (bimensual) de lo instalado. La valoración de las características técnicas de los elementos a instalar en el Proyecto y en el PPT corresponde a la fase de ejecución contractual, esto es, la correspondencia entre lo exigido y lo efectivamente cumplimentado».

En segundo lugar, de los correos electrónicos y del propio escrito de alegaciones se infiere que siempre se ha reconocido que las calidades ofertadas no coinciden con las exigidas en el PPT y en el Proyecto, si bien el contratista, en su defensa, argumenta que sí son equivalentes las funcionalidades, si bien no las calidades y los materiales, respecto de las que también se reconoce que implican un mayor coste económico.

Ello plasma el incumplimiento mismo del contrato en cuanto el contratista reconoce que su oferta económica, más ventajosa, lo era a costa de ofertar productos de menor coste, con implicación de un cambio en la calidad y los materiales, características técnicas exigidos en el PPT y en el Proyecto, a los cuales necesariamente debió vincularse la oferta económica, pues así lo exigía la licitación y así se plasmó en el contrato, como hemos visto anteriormente. Así, señala en sus alegaciones:

«(...) en cuanto a la calidad se refiere no existen diferencias entre la marca a la que hace referencia el proyecto/pliego de prescripciones técnicas (en lo sucesivo PPT) y la ofertada por nosotros, que se trata en definitiva de dos productos con ciertas diferencias en cuanto a materiales empleados, colores, etc., pero con similares rendimientos y funcionalidades (...)».

A lo que añade:

«El tener que acudir a nuevos proveedores -los señalados en el PPT y el proyecto (...), empresa suministradora de los juegos infantiles- supuso que -caso de que hubiera sido aceptada la oferta- habríamos de soportar un coste económico superior (...)».

Al respecto, como bien señala la Propuesta de Resolución:

«(...) las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, siendo en este caso las características técnicas de los equipamientos o juegos a suministrar perfectamente identificadas en los siguientes apartados del Proyecto:

1. Memoria: Se describen los elementos a instalar en cada uno de los parques (ANEXO 1).

2. En el Anejo 3 a la Memoria: Justificación de Precios. Queda recogido el listado específico de elementos a instalar o equivalentes dentro del listado de materiales y en los precios descompuestos.

3. En los Planos: En cada plano de planta del Proyecto, queda perfectamente definido cuál es el elemento a instalar con su referencia, o equivalente y la distribución en planta de los mismos.

4. Presupuesto: Están recogidos en todo el Presupuesto, quedando perfectamente identificado el producto a suministrar con referencia a un modelo específico o equivalente».

4. Por todo lo expuesto, este Consejo considera que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, por cuanto procede la resolución del contrato por causa imputable al contratista, ex art. 211.f) LCSP, procediendo, además, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero del art. 213 LCSP, la incautación de la garantía, además de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, como es el caso que nos ocupa.

Por lo demás, deberá tramitarse en pieza separada la determinación de los daños y perjuicios causados a la Administración, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 RGLCAP, aplicando los criterios establecidos en este precepto.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato de «Suministro con instalación de elementos en los parques infantiles del Municipio de San Bartolomé de Tirajana», Lote núm. 1 «Zona alta y diseminados», adjudicado a la entidad (...), es conforme a Derecho.