



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 63 / 2020

(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 n.º 2: «Zona turística y San Fernando», Lote n.º 3: «Zona costa y El Tablero», y Lote n.º 4: «Parque infantil en Crucitas», adjudicados todos ellos a la entidad (...) el 25 de marzo de 2019 (EXP. 16/2020 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 2: «Zona turística y San Fernando», Lote n.º 3: «Zona costa y El Tablero», y Lote n.º 4: «Parque infantil en Crucitas», adjudicados todos ellos a la entidad (...) el 25 de marzo de 2019 y formalizándose los contratos de cada lote el día 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

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

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.

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. Concejal 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 Concejal 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 Concejal Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda el 25 de marzo de 2019, se adjudicaron a la entidad (...) los Lotes n.º 2: «Zona turística y San Fernando», n.º 3: «Zona costa y El Tablero», y n.º 4: «Parque infantil en Crucitas», del contrato de «Suministro con instalación de elementos en los parques infantiles del Municipio de San Bartolomé de Tirajana», formalizándose los contratos de cada lote el día 8 de mayo de 2019.

- Con fecha 31 de julio de 2019 se da traslado al Departamento de Contratación de informe emitido en igual fecha por el Técnico Municipal responsable del suministro y por el Director de Obra, sobre la *«no equivalencia de los juegos ofertados y entrega de documentación (fichas técnicas de elementos propuestos de dudosa procedencia en los lotes 2, 3, y 4 del Contrato: “Suministro e instalación de parques infantiles y pavimento homologado”»*, 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 el 16 de agosto de 2019 por las que, además de oponerse a la resolución del contrato por la causa que se alega, se recurre el trámite de alegaciones por no haberse anexado al Decreto por el que se concede la audiencia la documentación que se menciona.

- Así pues, tras remitirse tales anexos, el 16 de septiembre de 2019, si bien en la misma fecha se corrige la documentación enviada por haberse remitido incorrectamente con anterioridad, se concede nuevo trámite de audiencia al contratista, presentando nuevo escrito de alegaciones el 26 de septiembre de 2019 en el que se opone a la resolución instada.

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

- Con fecha 7 de noviembre de 2019 se emite Propuesta de Resolución acordando la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, y 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 31 de julio de 2019.

3. Como bien se señala en la Propuesta de Resolución, el contratista maneja varios argumentos para desvirtuar la causa de incumplimiento culpable que le imputa la Administración; si bien, como veremos, la Administración sólo refuta las alegaciones realizadas el 26 de septiembre de 2019, y no las de 16 de agosto de 2019.

Por un lado, a lo largo de su escrito de alegaciones de 16 de agosto de 2019, el contratista trata de imputar a la Administración incumplimiento contractual, en virtud del art. 237 TRLCSP (norma, por otro lado, no aplicable en este contrato), por el retraso, respecto al plazo legal establecido, entre la formalización del contrato y la firma del acta de comprobación de replanteo.

Al respecto debe decirse, por una parte, que si bien se alude a ello por el contratista en sus alegaciones, no concluye la solicitud de resolución por esta causa, pero, por otra parte, en todo caso, determinado el incumplimiento del contratista primero en el tiempo resulta de aplicación la reiterada y constante doctrina de este Consejo (por todos, Dictámenes 88/2019, de 13 de marzo; 263/2018, de 6 de junio; y 60/2016, de 10 de marzo), que reproduce, asimismo, la doctrina consolidada del Consejo de Estado referida a que, en caso de concurrencia de varias causas de resolución, debe aplicarse prioritariamente la causa de resolución que aparezca antes en el tiempo, de modo que, si posteriormente sobrevienen otras causas, estas son ya irrelevantes.

Por otra parte, alega también el contratista, con lo que implícitamente reconoce su propio incumplimiento, que «salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia

determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos», siendo que, en este caso, la falta de equivalencia de los productos ofertados con respecto a los licitados en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) viene dado, entre otras causas, por la procedencia de los productos.

Pues bien, incluso siendo esto así, lo cierto es que en caso de entender el contratista que los PPT estaban viciados de nulidad por exigir determinados proveedores, debió impugnar los Pliegos en el momento procedimental oportuno, lo que podría haber conducido a que se justificara en su caso por la Administración la concurrencia de causa justificada dado el objeto del contrato que excepcionara el criterio general que impide la mención en los PPT de una marca o proveedor determinado. Mas, no fue así. El contratista, con la presentación de su oferta a licitación, y con su posterior firma del contrato, aceptó en todos los extremos el PPT, que se obligaba a cumplir sin reservas.

Así, se recoge expresamente en los contratos suscritos el 8 de mayo de 2019, para los Lotes n.º 2, 3 y 4, en su cláusula primera, 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».

Y es que, vincula a la Administración y al contratista lo recogido en el PPT y en contrato administrativo.

Por ello, si bien en sus alegaciones de 26 de septiembre de 2019 el contratista argumenta, incluso (tras afirmar la parcialidad del informe técnico, lo que, por otra parte no se prueba y se refuta por la Administración), que en la comparativa técnica, en cuanto a la tornillería, la que ellos ofrecen es en acero galvanizado, *«mucho mejores en cuanto a calidad y con un comportamiento anticorrosivo ideal para esta zona de influencia marina»*, lo cierto es que la adjudicación del contrato sólo se basó en el criterio económico, sin que se haya ofertado por la contratista una mejora al

PPT, por lo que se ha de sujetar estrictamente a éste, que, como dijimos, no fue impugnado, sometiendo a él su oferta.

Así, efectivamente, 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 los lotes n.º 2, 3 y 4, conforme a los criterios de adjudicación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Por ello, los Pliegos que rigen la licitación vinculan 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 art. 139.1 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 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.

Es en esta fase donde se ha determinado que no son equivalentes los elementos ofertados y los exigidos en el PPT y en el Proyecto, sin que pueda oponer ahora el contratista siquiera que son mejores, y aun menos que no debió exigirse determinado proveedor o marca, porque a ello se sometió incondicionalmente al presentarse a la licitación sin impugnar los PPT, como ya hemos señalado.

Respecto de las demás alegaciones efectuadas por el contratista, realizadas el 26 de septiembre de 2019, como bien señala la Propuesta de Resolución, no desvirtúan su incumplimiento, derivándose de ellas una argumentación contraria a la Administración basada, por un lado, en la parcialidad de su informe técnico, por otra, en la justificación de la falta de equivalencia y la entrega de documentación (fichas técnicas) «*de dudosa procedencia*», en un error humano, y, finalmente, en la indefinición del Proyecto.

Al respecto, en cuanto a la falta de parcialidad, señala la Propuesta de Resolución, con fundamento en los informes técnicos realizados:

«No obstante, lo alegado, tal y como afirma la Dirección Técnica, el estudio comparativo es ABSOLUTAMENTE IMPARCIAL, pues recoge todas y cada una de las características técnicas de las fichas aportadas por el contratista, incluida la tornillería de todas las fichas. Basta con analizar el citado Anexo III para corroborar la gran diferencia existente entre las características de los elementos ofertados por la entidad (...) con los exigidos en el Proyecto, señalando incluso aquellos elementos cuyas fichas técnicas no describen los materiales de los mismos, a modo de ejemplo se cita como juegos: la “Valla infantil vo1-C” o el “Resorte Cerdito Adaptado U60AI entre otros”».

Asimismo, se refuta adecuadamente el argumento, nada técnico, respecto de la falta de equivalencia y la dudosa procedencia de la documentación presentada. Frente a lo señalado por el informe técnico, afirmando que se ha comprobado que cinco de las fichas técnicas enviadas por el contratista al Director de Obra no han sido editadas ni enviadas por el proveedor Levipark 21, del que supuestamente proceden, al contratista, tal y como manifiesta el proveedor (Anexo n.º 5 del informe técnico de 31 de julio de 2019 donde constan los correos electrónicos del proveedor confirmando que no han editado ni remitido a la contrata las fichas técnicas que presentan), el contratista se defiende señalando que se debe a «*errores humanos, a la hora de adjuntar archivos en los emails, dada la multitud de correos remitidos relacionados con este expediente*».

Se incorporan al informe técnico de 31 de julio de 2019, como Anexo n.º 8 un cuadro comparativo de las fichas técnicas «*de dudosa procedencia*» y las originales de los proveedores, y señala la Propuesta de Resolución:

«Carece de fundamento alguno que el contratista pretenda ahora justificar la “NO EQUIVALENCIA” de los juegos ofertados y fichas técnicas aportadas en “errores humanos” a la hora de adjuntar los archivos remitidos al Director de Obra, según señala. Consta en los Anexos del informe de la Dirección Técnica correos electrónicos y reuniones mantenidas con

el personal de la entidad (...) y en NINGÚN MOMENTO manifiestan error alguno en las fichas técnicas enviadas».

Y, finalmente, respecto de la indefinición del Proyecto, al señalar el contratista que «las indefiniciones del proyecto [cimentaciones, pavimentaciones de hormigón, (...)] aún están sin aclarar, y que sin solucionar los mismos sería imposible firmar el acta de replanteo», señala la Propuesta de Resolución, correctamente:

«Por otro lado, pretende el contratista hacer valer su incumplimiento en las indefiniciones del Proyecto tales como la cimentación de los juegos y el pavimento de hormigón, según cita. Señalar que las cimentaciones de los juegos y el hormigón se encuentran incluidos en el Proyecto, concretamente en el “cuadro de precios descompuestos” teniendo el contratista la única obligación de ejecutar exclusivamente las obras recogidas en el Proyecto. No obstante, lo señalado, tras una visita girada a los parques infantiles, (...) propuso a la Dirección Técnica una modificación al Proyecto, cuyo importe ascendería a la cantidad de 43.441.00 € (valoración detallada en el informe de 14 de octubre)».

De todo ello concluye la Propuesta de Resolución:

«En consecuencia con lo expuesto, y dado que las alegaciones presentadas por la representación de la entidad (...) no desvirtúan lo señalado en los informes emitidos por los Técnicos de la obra, no cumpliendo el producto ofertado con las características específicas exigidas, es motivo más que suficiente 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».

4. Por todo lo expuesto, este Consejo considera que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, si bien debe incorporar la contestación a las alegaciones efectuadas por el contratista el 16 de agosto de 2019, 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.

CONCLUSIÓN

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 n.º 2: «Zona turística y San Fernando», Lote n.º 3: «Zona costa y El Tablero», y Lote n.º 4: «Parque infantil en Crucitas», adjudicados todos ellos a la entidad (...), se considera conforme a Derecho, sin perjuicio de la observación señalada en el Fundamento III, apartado 4.