



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 14 de mayo de 2020.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán en relación con la *Propuesta de resolución culminatoria del procedimiento administrativo de resolución del contrato de «Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán», adjudicado el 29 de abril de 2019 a las entidades (...) Y (...), comprometidas a constituirse en Unión Temporal de Empresas, hoy denominada «UTE (...)» (EXP. 133/2020 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Mogán, es la Propuesta de Acuerdo de resolución del «Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán».

2. La legitimación para la solicitud de 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. 211.3.a) 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) ya que, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) 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 2014, los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

También es aplicable al procedimiento el 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.

3. Se ha de destacar que en la tramitación del procedimiento en el que se ha aprobado el presente Dictamen le ha sido de aplicación el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mencionado RD y al 465/2020, de 17 de marzo, que lo modifica, que, entre otras medidas, suspende los plazos procesales y administrativos, se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a este procedimiento consultivo.

No obstante, mediante oficio de la Sra. Alcaldesa Presidenta del Ayuntamiento de Mogán, de 12 de mayo de 2020, se da traslado a este Consejo, en esa misma fecha, del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del citado Ayuntamiento, adoptado en sesión celebrada el 5 de mayo de 2020, mediante el cual, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 de la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 463/2020, se ha decidido la continuación del procedimiento de resolución contractual objeto de este Dictamen, al tratarse de servicio esencial e indispensable, que contribuye en gran medida a evitar la propagación del Covid-19, para poder adjudicar un nuevo contrato y realizar un servicio de limpieza y desinfección con los medios materiales adecuados que garanticen, en la medida de lo posible, la protección de los ciudadanos ante una posible propagación del virus, solicitando la emisión del preceptivo Dictamen. En consecuencia, por Resolución 19/2020, de 12 de mayo, del Presidente de este Consejo Consultivo, se ha acordado el levantamiento de la suspensión del plazo para emitir Dictamen en este caso concreto, por lo que se procede a la emisión del mismo.

4. Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, al haberse iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el plazo para resolver el expediente será de ocho meses, en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP, según resulta de su Disposición Transitoria Primera, apartado segundo. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009).

No obstante, al no haber transcurrido dicho plazo máximo de ocho meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establece el

citado art. 212.8 LCSP, el mismo no ha caducado, pues se inició el 17 de septiembre de 2019.

En cualquier caso, tal plazo de caducidad también se ha visto suspendido desde el 14 de marzo de 2020 en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta del RD 463/2020, habiéndose reanudado el 5 de mayo pasado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local.

5. Este Consejo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este asunto en los dictámenes 414/2015, de 13 de noviembre, y 465/2015, de 17 de diciembre, sin entrar en el fondo de la cuestión, porque en el procedimiento que se dictaminó en el primero de ellos existía ausencia de trámite probatorio lo que originó la retroacción del procedimiento, y, en el segundo, se inadmitió la prueba propuesta indebidamente, lo que dio lugar a un segundo dictamen de forma, a los cuales nos remitimos para evitar reiteraciones.

6. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que, por producir indefensión a los interesados, impida un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

1. Con fecha 29 de abril de 2014 el Pleno del Ayuntamiento de Mogán acuerda «ADJUDICAR a las entidades (...) Y (...), entidades comprometidas a constituirse en Unión Temporal de Empresas, el “Contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria en el Término municipal de Mogán”, bajo la modalidad de concesión administrativa, por un importe anual de 1.328.066,34 €, correspondiéndole un I.G.I.C (7%) que asciende a la cantidad de 92.964,64 €, por un plazo de diez años, y de acuerdo con todos los términos de su oferta en relación a los restantes criterios de adjudicación detallados a continuación, respetando todos los datos económicos ofrecidos en su proposición, así como cualquier otro documento recogido en su oferta, y atendiendo en todo caso al pliego de cláusulas administrativas y pliego de prescripciones técnicas, al considerar la oferta presentada por dicha entidad (UTE) como la más ventajosa, (...)».

2. El 10 de junio de 2014 se produce la firma del «Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el término municipal de Mogán bajo la

modalidad de concesión administrativa, tramitado mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria».

3. Con fecha 13 octubre de 2014 se firma Acta de inicio del servicio en disconformidad, y «*se suspende el INICIO DEL SERVICIO al no estar disponible y presente los correspondientes medios materiales y humanos exigibles en el pliego de prescripciones técnicas particulares del “Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el término municipal de Mogán”*».

4. Con fecha 2 de enero de 2015 se levanta Acta de inicio de servicio «*no favorable*» del «*Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el término municipal de Mogán*», firmado por el ingeniero industrial municipal (...), y (...), actuando en nombre y representación de la Unión Temporal de Empresas [UTE (...)].

Las razones de la firma como «no favorable» se expresan así en el acta: «No se presenta o no cumplen los requisitos ofertados por el adjudicatario que se detallan en las siguientes tablas anexas. Por lo que queda supeditada la iniciación del servicio a lo que se dicte por parte del Órgano de Contratación».

5. Mediante resolución del Pleno municipal de fecha 28 de abril de 2016 se acuerda aprobar el inicio del expediente de modificado N.º 1 del «*Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el término municipal de Mogán*», REF:(...) y dar trámite de audiencia a la concesionaria.

6. Con fecha 30 de junio de 2016 el Pleno municipal aprueba la modificación n.º 1 del «*Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el término municipal de Mogán*», determinándose el nuevo precio, sin incluir IGIC, en 1.453.029,72 €, y correspondiendo un IGIC del 7% por importe de 101.712,08 €, siendo las causas de la modificación del contrato, las siguientes:

- El aumento de los medios personales en 4 peones de barrido.
- La incorporación de un camión dotado de caja basculante, abatible, plataforma elevadora y grúa en sustitución del previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.
- El aumento de la partida económica de «*FIESTAS Y ACONTECIMIENTOS*» con el fin de garantizar la limpieza de viales y peatonales donde se desarrollen conciertos, cabalgatas, verbenas, fiestas populares, campañas electorales, manifestaciones o actos o ferias y romerías, etc. según las características del evento.

7. Con fecha 27 de julio de 2016 se firma el contrato del modificado n.º 1 del «Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el término municipal de Mogán».

8. Solicitada a (...), adjudicatario del contrato del «servicio de consultor técnico en apoyo del área de servicios públicos del Ilustre Ayuntamiento de Mogán», una auditoría del Contrato de Gestión del Servicio de Limpieza Viaria, con la intención de conocer en profundidad su funcionamiento, el día 16 de noviembre de 2018 (con registro de entrada n.º 19027/2018) se recibe el informe de la misma, que concluye que «el grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Contratista es bastante bajo, especialmente de aquellas derivadas de su proposición y que sirvieron de base para la adjudicación del Contrato» y emite las siguientes «recomendaciones» sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales:

«Se ha constatado el incumplimiento generalizado de múltiples obligaciones, varias de las cuales podrían constituir obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en el pliego y en el Contrato formalizado. Dichos incumplimientos podrían justificar, por sí mismos, la resolución del Contrato.»

Alternativamente, y siempre que el interés general lo requiera y la legislación aplicable lo permita, se debería exigir a la Contratista el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales, y en particular:

- *Requerir a la Contratista para que complete la dotación de maquinaria solicitada en el PPTP, exigiéndole la inmediata adscripción del vehículo baldeadora pendiente, previo estudio y aceptación, si procede, de la propuesta de sustitución de dicho equipo realizada mediante escrito de 28 de febrero de 2018 (R.E. 2018/3072). Se le deberá requerir, asimismo, para que dote a los vehículos ya adscritos de todas las características requeridas en el PPTP y a los que se comprometió en su oferta.*

- *Requerir a la Contratista para que complete la dotación de medios incluidos en su Proyecto de Campaña de Eliminación de Chiclos que justifica su oferta económica en campaña de eliminación de chiclos (criterio de adjudicación n.º 4).*

- *Requerir a la Contratista para que justifique las cantidades económicas destinadas a las campañas de sensibilización realizadas desde el inicio del Contrato, mediante la presentación de las correspondientes facturas.*

- *Requerir a la Contratista para que presente su Proyecto de Campaña de Sensibilización para los años sucesivos, que requerirá de la aprobación expresa previa a su aplicación de la Dirección Facultativa del Servicio (criterio de adjudicación n.º 3).*

- *Requerir a la Contratista la limpieza inicial, y con la periodicidad establecida, de las zonas destinadas al aparcamiento de vehículos que presentan gran afección por manchas de grasa y aceites, de forma coordinada con la policía local que establecerá la prohibición de aparcar en determinadas zonas a tal fin.*

- *Requerir a la Contratista para que elabore una relación de medios de reserva a los efectos oportunos de garantizar la prestación de los servicios, tal y como establece la prescripción 44 del PPTP.*

- *Requerir a la Contratista para que adopte las medidas necesarias para evitar la lixiviación de los residuos procedentes de la limpieza viaria en la cubeta que se almacena en las instalaciones del servicio y su vertido a los espacios públicos.*

- *Requerir a la Contratista la implantación y certificación del Sistema de Gestión Ambiental requerido en la prescripción 50 del PPTP.*

- *Requerir a la Contratista para la entrega periódica de toda la documentación establecida en el PPTP con la periodicidad que en él se indica y toda aquella que se considere necesaria por parte de la Dirección Facultativa del Servicio, especialmente la relativa a la planificación de las actividades a desarrollar para un mejor control de la misma.*

- *Solicitar a la Contratista el empleo de medios de deshierbe que dificulten la proliferación de las malas hierbas, tales como el relleno de las juntas tras el deshierbe mecánico o el empleo de deshierbe térmico.*

- *Solicitar a la Contratista la realización de un informe de actividades con la periodicidad que se estime conveniente (mensual, trimestral, anual) que incluya un desglose de todos los trabajos ordinarios y extraordinarios realizados en el periodo correspondiente.*

- *Elaborar un plan de instalación de nuevas papeleras que permita a la Contratista cumplir, a lo largo de la vigencia del Contrato, el compromiso adquirido en su proposición (criterio de adjudicación n.º 5).*

- *Aplicar las revisiones del precio del Contrato previstas en la cláusula 8 del PCAP correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018».*

9. A partir de las conclusiones de la Auditoria se le realizan varios requerimientos a la adjudicataria:

1) Se solicita a la adjudicataria la elaboración de una relación de medios de reserva a los efectos de garantizar la prestación de los servicios, como recoge el apartado 44 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (R.S. n.º 3293 de 30 de abril de 2019).

2) Se requiere a la adjudicataria que presente la documentación que acredite que tiene implantado el sistema de gestión ambiental al que se refiere el apartado 50 del P.P.T.P. R.S. n.º 3294 de 30 de abril de 2019).

3) Se le concede un plazo de 90 días para presentar el Plan de Gestión del Servicio a que se refiere el apartado 8 del P.P.T.P. correspondiente al año 2019 (R.S. n.º 3295 de 30 de abril de 2019).

4) Se requiere a la adjudicataria para que aclare expresamente quien asume los costes referidos en su propuesta de adscripción del vehículo baldeadora, realizado el 28 de febrero de 2018 (R.S. n.º 3296 de 30 de abril de 2019).

5) Se le concede un plazo de 15 días naturales para que aporte toda aquella documentación que justifique las cantidades económicas destinadas a las campañas de sensibilización realizadas desde el inicio del contrato y para que presente un proyecto de campaña de sensibilización para los años sucesivos, que requerirá expresa aprobación por la dirección facultativa del servicio (R.S. n.º 3297 de 30 de abril de 2019).

6) Se le concede un plazo de 15 días naturales para que aporte toda aquella documentación que acredite que la prestación del servicio se está realizando tal y como se comprometió la adjudicataria en su oferta económica; la documentación debe ir acompañada de las inversiones realizadas, con las justificaciones oportunas, con el fin de acreditar el importe anual del servicio de 203.259,15 euros (R.S. n.º 3298 de 30 de abril de 2019).

7) Se le requiere para que presente el Recibo de Liquidación de Cotizaciones (RLC), desde enero del año 2016 hasta el momento presente, con el correspondiente justificante de ingreso de la entidad financiera (R.S. n.º 3335 de 5 de mayo de 2019).

10. Mediante resolución de la Junta de Gobierno Local de fecha 17 de septiembre de 2019 se acuerda «*iniciar el procedimiento para acordar la resolución del contrato de gestión de servicio público denominado “Gestión del Servicio Público*

de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán”, siendo la causa de resolución invocada el incumplimiento de la obligación principal del contrato, prevista en el art. 223.1, f) del TRLCSP».

11. La Junta de Gobierno Local, en sesión extraordinaria y urgente celebrada el día 27 de septiembre de 2019, adopta un acuerdo corrigiendo algunos errores materiales cometidos en la resolución anterior, cuyo punto primero queda redactado en estos términos: «Iniciar el procedimiento para acordar la resolución del contrato de gestión de servicio público denominado “Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán”, Ref:(...), adjudicado a la entidad denominada UTE (...), constituida en la actualidad por (...) y (...), siendo la causa de resolución invocada el incumplimiento de la obligación principal del contrato, prevista en el art. 223.1 f) del TRLCSP».

12. El día 2 de octubre de 2019, mediante escrito con Registro de Salida n.º 7132/2019, se notifican los acuerdos anteriores a UTE (...), otorgándole el preceptivo trámite de audiencia por plazo de diez días naturales.

En dicha notificación se transcribe, por error, parte de otra resolución adoptada por la Junta de Gobierno Local el mismo día 17 de septiembre de 2019, correspondiente a un expediente diferente y que no tiene relación con el que nos ocupa.

Ese mismo trámite de audiencia se otorga a las compañías (...) (R.S. n.º 7136, de 2 de octubre) y (...) (R.S. n.º 7151, de 2 de octubre), las cuales constan notificadas mediante sendos burofaxes recibidos los días 31 de octubre y 14 de noviembre de 2019, respectivamente.

13. El día 11 de octubre de 2019 se recibe en este ayuntamiento, con Registro de Entrada n.º 12543/2019, escrito de UTE (...) por el que, dentro del plazo de diez días naturales concedido, se opone a la resolución del contrato y formula alegaciones.

14. El día 29 de octubre, mediante escrito con Registro de Salida n.º 7991/2019, se notifican nuevamente a UTE (...) los acuerdos de fechas 17 y 27 de septiembre de 2019 antes citados, esta vez correctamente transcritos, otorgando nuevamente el plazo de los diez días naturales para el preceptivo trámite de audiencia.

En esa misma fecha, con Registro de Salida n.º 7992/2019, se notifican los mismos acuerdos a la compañía (...), y con Registro de Salida n.º 7993/2019, a (...), otorgándoles nuevamente el trámite de audiencia.

15. El 5 de noviembre de 2019 la empresa (...) presenta escrito de alegaciones, en ejercicio de su derecho de audiencia, por el que solicita al Ayuntamiento que *«se dicte resolución en la que se acuerde dejar sin efecto el procedimiento de incoación de resolución de contrato al no concurrir motivos para ello»*, a la vez que solicita sea citada formalmente *«para la realización de prueba pericial»*.

Mediante escrito fechado el 11 de noviembre de 2019, el ayuntamiento de Mogán convoca a (...) para el día 22 de noviembre de 2019 a las 12:00 horas para la realización de la prueba pericial solicitada, lo cual se comunica a la empresa por burofax el día 13 de noviembre.

16. El día 8 de noviembre de 2019 se recibe por Registro de Entrada con n.º 2019/14005 el escrito de alegaciones de la UTE (...) en este segundo trámite de audiencia, el que notificaba los acuerdos de los días 17 y 27 de septiembre.

Se ha de resaltar que ambos escritos de alegaciones (R.E. n.º 12543/2019 y 14005/2019) son prácticamente idénticos y que el técnico municipal informa con posterioridad únicamente con respecto al segundo de ellos, considerando que *«a la concesionaria no se le ha notificado la apertura de dos expedientes distintos, se le ha notificado dos veces la apertura de un único expediente, y en ambos casos se le ha concedido el plazo que otorga ley para presentar alegaciones, con lo cual su derecho de defensa ha salido reforzado»*.

17. Con fecha 22 de enero de 2020 se emiten, por el director facultativo y responsable supervisor de los trabajos objeto del contrato, sendos informes propuesta, en respuesta a los escritos de alegaciones presentados por UTE (...) y (...), ambos desestimatorios de las alegaciones, y que concluyen considerando acreditados los incumplimientos reflejados en la auditoría realizada y proponiendo resolver el contrato.

17.A. El informe realizado en contestación a (...), responde así a las alegaciones:

«PRIMERO.- En relación a lo alegado en el apartado segundo que dice textualmente:

“SEGUNDA.- En segundo lugar, esta parte deja constancia que tal y como consta en el acto Administrativo, la adjudicación del contrato cuya resolución ahora se acuerda fue otorgada a la U.T.E. (...) que consta constituida por las entidades por las entidades que a continuación se detallan:

- (...)
- (...)

Por tanto, como bien sabe la Administración, deberá procederse a la reclamación de las entidades que conforman la U.T.E., que responderán de forma solidaria. En caso contrario, se incumplirá el procedimiento de reclamación y resolución del contrato y ello conllevaría la nulidad del procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 47 de la ley 39/2015.

En consecuencia y con carácter previo a cualquier actuación administrativa que pudiera acordarse al respecto, deberá reconducirse la reclamación y requerimiento de la Administración conforme a Derecho y conforme a procedimiento ya que en caso contrario se incurrirá en una cuestión de nulidad procedimental”.

A este respecto la ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional en su artículo 8 d expone:

“d) Existirá un Gerente único de la Unión Temporal, con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes.

Las actuaciones de la Unión Temporal se realizarán precisamente a través del Gerente, nombrado al efecto, haciéndolo éste constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la Unión”.

Por otra parte, (...), Notario del Ilustre Colegio de Cantabria, con residencia en Santander, en su escrito dice;

(...)

“(...) como persona física representante de la persona jurídica, Gerente Único, en nombre y representación de la Unión Temporal de Empresas que gira en la denominación de “(...)- (...), unión Temporal de Empresas, en anagrama UTE (...)”, con CIF (...). Domiciliada en Adeje, Tenerife, (...), que tiene por objeto la ejecución del contrato “ejecución del contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria en el término municipal de Mogán”, de duración idéntica a la duración de la obra que constituye el objeto de la creación de la UTE y en todo caso limitada a veinticinco años, que fue constituida por las Sociedades (...) y (...)” mediante escritura autorizada por el infraescrito Notario con fecha 14 de abril de 2014, al

número 700 de orden del protocolo, complementada por otra autorizada por el mismo Notario de fecha 20 de mayo de 2014, al número 894 de orden del protocolo”.

“Fue nombrado para el cargo de Gerente Único de la Unión Temporal, en la propia escritura de constitución, la Sociedad (...) quien designó como su representante para el objeto de dicha Unión, a la persona física (...), confiriéndole los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros de la Unión Temporal para ejercitar los derechos y asumir las obligaciones necesarias para la consecución de los fines que constituyen el objeto de las mismas”.

Por lo tanto, entendemos que realizada la notificación al representante de la Unión temporal de Empresas se ha garantizado el derecho de defensa de sus asegurados, y que dicha defensa ha sido ejercida a través de las correspondientes alegaciones.

SEGUNDO.- En relación a lo alegado en el apartado tercero que textualmente dice:

“TERCERA.- En tercer lugar, es necesario alegar que únicamente se hace alusión a un informe emitido por técnico a cargo de la Administración, en el que supuestamente se enumeran determinados incumplimientos contractuales y la calificación de los mismos, sin que se remita ni el informe en sí mismo y sin que se aporte mayor acreditación al respecto.

Es más, sin que el mismo se haya sometido a contradicción. La propia entidad contratista ni comparte dicho informe y además manifiesta que no ha concurrido ningún tipo de incumplimiento con la gravedad o relevancia como para que pudiera acordarse la resolución del contrato.

Por ello, con la finalidad de constatar los datos a los que se alude, por medio del presente escrito, esta parte solicita se nos cite formalmente por escrito y con antelación suficiente para proceder a la práctica de prueba pericial, con la finalidad de constatar y verificar las variadas circunstancias detalladas por la parte de la administración a la que tengo el honor de dirigirme.

De igual forma esta parte solicita se acredite por su parte el cumplimiento de las obligaciones contractuales, en concreto se solicita se remita la documentación que acredite haber cumplido con la obligación de pago de facturas/certificaciones dentro del plazo establecido y en concreto acredite el pago de las certificaciones a las que se alude por la Administración en el folio núm. 27 del acto administrativo así

como se remita informe justificativo acerca del no reconocimiento de la reclamación efectuada por la contratista por el importe de 501.915,02 €. Como bien sabe la Administración el incumplimiento de obligaciones contractuales por la Administración conlleva la improcedencia de la pretensión de incautación de garantía así como la de la medida futura respecto deberá acreditarse previamente el cumplimiento de las obligaciones por la Administración.

En síntesis, y con respecto a la prueba solicitada, esta parte desglosa la petición de tal forma:

Prueba pericial: procediéndose por esta parte, una vez admitida a la remisión de técnico habilitado para que proceda a efectuar las comprobaciones oportunas, debiendo ser citado por la Administración que así mismo debería facilitar localización de incidencias y documentación correspondiente.

Documental: Consistente en que se remita a esta parte el listado de facturas/certificaciones presentadas al cobro por la entidad contratista, así como el justificante de la fecha de pago de los mismos”.

El informe de Inicio de Resolución de contrato realizado por el técnico responsable del contrato se basa en una prueba pericial, como es la auditoria, realizada por una empresa externa a esta Administración al mentado Contrato, y son sus conclusiones las que han hecho necesario el inicio de este expediente de Resolución.

Según informe emitido por el Departamento de Intervención los pagos de las facturas/certificaciones queda como sigue:

NÚMERO EXPEDIENTE FECHA OPERACIÓN MES ABONADO

MOGÁN 12 07/02/19 DICIEMBRE 2018

MOGÁN 1 26/02/19 ENERO 2019

MOGÁN 9/04/2019 FEBRERO 2019

MOGÁN 7/05/2019 MARZO 2019

MOGÁN 6/06/2019 ABRIL 2019

MOGÁN 4/07/2019 MAYO 2019

MOGÁN 30/07/2019 JUNIO 2019

MOGÁN 30/09/2019 JULIO 2019

MOGÁN 8/10/2019 AGOSTO 2019

MOGÁN 22/10/2019 SEPTIEM. 2019

El apartado 16 del Pliego de Prescripciones Técnicas dice textualmente:

“16.- FIESTAS Y ACONTECIMIENTOS OFICIALES

(...)

Estas tareas de limpieza se considerarán incluidas en el proyecto económico, figurando con una partida anual de veinticuatro mil seiscientos diez euros (24.610 €) y tendrán la consideración de coste variable, es decir, serán abonados al contratista previa justificación del gasto realizado, que deberá contar con la conformidad de la dirección facultativa del servicio”.

El 27 de julio de 2016 se produce una modificación de contrato donde la partida para “FIESTAS Y ACONTECIMIENTOS OFICIALES” que era de 24.610 euros se ve incrementada en 15.800 euros, pasando a ser la partida de 40.410 euros sin que en ese momento la concesionaria opusiera nada al respecto.

No obstante, esta Administración siempre ha estado abierta a resolver esas posibles diferencias, siempre dentro de la partida incluida dentro del proyecto económico que ya ha sido modificado, es decir, reduciendo medios humanos para compensar los gastos de los medios materiales.

Esta administración ha cumplido escrupulosamente con sus obligaciones de pago con la concesionaria. Es la propia concesionaria la que en la memoria mensual enviada a esta Administración la que recoge el coste de los citados servicios.

De acuerdo con ello, esa Administración abonó 7.311,99 € en el año 2018 sin que haya sido acreditado el gasto, al ser la cantidad recogida en el proyecto económico.

En referencia a la deuda de 501.915,02 € reclamada por la concesionaria, se consultó con el departamento de Intervención, que certificó que no hay constancia de dicha deuda por parte de esta Administración.

La documentación enviada por la concesionaria empieza con un primer asiento contable donde ya la Administración adeuda (497.025,70 €) sin que justifique a que es debido, y los dos últimos asientos contables hacen referencia a dos certificaciones que se abonaron el 09/01/2019 y el 07/02/2019 respectivamente.

Tendrá que ser la concesionaria la que explique en base a qué se produce esa deuda, y por qué no ha realizado ninguna reclamación al respecto antes de que esta Administración empezara a realizar los requerimientos respecto a los

incumplimientos detectados en la auditoría realizada por esta Administración al mentado contrato.

El día 12 de noviembre de 2019 se le notificó la aceptación de la prueba a realizar el día 22 del mismo mes a las 12:00 horas en la nave industrial situada en la calle (...), ampliación del Valle de Puerto Rico. El día 13 de noviembre se notifica por parte de la aseguradora (...) el nombramiento de (...) como perito para realizar prueba pericial solicitada.

El día 22 de noviembre se presentó en la citada nave (...), perito nombrado por la citada aseguradora, realizando todas las comprobaciones que estimó convenientes.

El día 10 de diciembre a través de burofax la aseguradora (...) solicitó acceso a la totalidad del Expediente Administrativo correspondiente al contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria.

El día 20 de diciembre se le remitió a través de carta certificada dos CD con toda la documentación requerida.

A fecha de realizar este informe no se ha recibido ninguna respuesta por parte de la aseguradora con respecto a la recepción de la información enviada.

Es voluntad de esta Administración que todos los interesados puedan ejercer su derecho de defensa en todos los trámites referentes a este procedimiento».

17.B. Este informe del director facultativo y responsable supervisor de los trabajos objeto del contrato concluye con la siguiente propuesta de resolución:

«Primero.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas por la aseguradora (...), habiéndole sido aportada la documentación solicitada en las citadas alegaciones.

Segundo.- Considerar acreditados los incumplimientos reflejados en la auditoría realizada al “Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán”, y recogidos en los informes realizados por los técnicos municipales.

Tercero.- RESOLVER el contrato de gestión de servicio público denominado “Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán”, adjudicado a la entidad denominada UTE (...), siendo la causa de resolución invocada, la prevista en el art. 223.1 f) del TRLCSP, que textualmente dice: “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.

Cuarto.- Proceder a la incautación de la garantía en los términos recogidos en el artículo 225.3 del TRLCSP que textualmente expone: “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”.

Quinto.- Dar traslado del presente informe-propuesta a la Junta de Gobierno Local como órgano competente para conocer del mismo, en virtud de las delegaciones efectuadas por el Pleno de este Ayuntamiento celebrado el de 12 julio 2019.

Sexto.- Notificar el acuerdo adoptado a los interesados, a (...) (Coordinador de las Áreas de Servicios Centrales, de Acción Social y Sociocomunitaria, de Urbanismo, Promoción Turística y Seguridad), a (...) (Coordinador del Área de Medio Ambiente, Servicios Públicos, Obras Públicas y Embellecimiento), y a la Unidad Administrativa de contratación de este Ilustre Ayuntamiento».

17.C. Por otra parte, el informe realizado en contestación a UTE (...), también da cumplida respuesta a cada una de las alegaciones, en estos términos:

«Primero.- En la primera de las alegaciones presentadas se solicita la nulidad del procedimiento y textualmente dice:

“PRIMERA.- NULIDAD

El pasado día 2 de octubre de los corrientes ya se nos había notificado la citada resolución, sobre las Juntas de Gobierno Local de los días 17 y 27 de septiembre de 2019.

Evacuando el trámite conferido en su día, el pasado 11-10-2019 esta parte presentó escrito de alegaciones, en las que se denunciaba la nulidad de la resolución por mezclar antecedentes de otros expedientes, consideraciones de informes y alegaciones referidas a otra empresa, haciendo totalmente confuso el trámite y generando indefensión. Además, se advertía de la vulneración de la ley de protección de datos en que había incurrido este Ayuntamiento por facilitar tal información de un tercero.

Pues bien, volvemos a invocar la nulidad, ya que se nos vuelve a notificar, sin más, una resolución; cierto es que no se hace ahora referencia a otra empresa, pero

sin ninguna aclaración ni acuerdo de nulidad del procedimiento anterior. Y eso hace que ahora nos encontremos con dos expedientes de resolución contractual abiertos, sin decretar la nulidad del anterior. Tampoco hay resolución del órgano competente aclarando cuando es el verdadero contenido de la resolución que se nos pretende notificar (no olvidemos que la misma está numerada, ¿se suprimen sin más las páginas de la misma? Esto debe ser resuelto expresamente como se denunciaba).

Esta nueva actuación vuelve a ser nula de pleno derecho, el Ayuntamiento está conculcando otra vez las normas esenciales del procedimiento, generando confusión a los administrados. No puede volver a remitir sin más nueva notificación sin haber decretado la nulidad del procedimiento ya iniciado.

Debemos recordar la aplicación del principio non bis in ídem, aplicable a que ahora existen dos expedientes de resolución abiertos, en los cuales se han formulado alegaciones, abriéndose este último, sin haber acordado legalmente y mediante las resoluciones que procedan, la nulidad del anterior, y aclaración del contenido de la resolución objeto de inicio del expediente.

Por otro lado resulta también nula la citada resolución, pues se dice que esta se notifica al amparo del artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, vulnerando lo dispuesto en su apartado 2, que exige que el acto administrativo contenga, entre otros requisitos: “la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos (...)”.

El día 2 de octubre se realizó una primera notificación en relación a los acuerdos de la Juntas de Gobierno Local de los días 17 y 27 de septiembre de 2019 y, debido a una incidencia informática, se añadió documentación relacionada con otro expediente.

Consultados los servicios Jurídicos de esta Administración se entendió que la notificación era válida, ya que, contenía el mencionado expediente completo. No obstante, al comprobar esta Administración que los avalistas del contrato no habían recepcionado la citada notificación enviada por vía telemática y, buscando garantizar su legítimo derecho de defensa, se optó por volver a notificar a todos los interesados, en este caso por burofax a las aseguradoras, eliminando la incidencia informática acaecida.

A la concesionaria no se le ha notificado la apertura de dos expedientes distintos, se le ha notificado dos veces la apertura de un único expediente, y en ambos casos se le ha concedido el plazo que otorga ley para presentar alegaciones, con lo cual su derecho de defensa ha salido reforzado, por lo que entendemos que no cabe invocar el principio non bis in ídem.

La citada notificación es un trámite que no decide sobre el fondo del asunto, no imposibilita la continuidad del procedimiento y no produce un perjuicio irreparable. A este respecto el artículo 112.1 LPACAP expone textualmente: “Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley”.

Segundo.- Se procede a analizar punto por punto las alegaciones sobre los incumplimientos imputados a la Concesionaria:

“SEGUNDA. El acuerdo adoptado fundamenta la resolución del contrato en un compendio de supuestos incumplimientos, tomados del informe de auditoría de hace casi un año, que va calificando en esenciales o no. Calificación que, como más adelante analizaremos, debe estar contemplada en los pliegos (no se recoge) y no puede hacerse en resolución administrativa como de contrario se pretende”.

Se le recuerda a la Concesionaria que la auditoría hace casi un año de su realización, pero que los primeros requerimientos se realizaron hace seis (6) meses y que de la mayoría de ellos no tenemos respuestas a pesar de concederles los aplazamientos solicitados. Los incumplimientos detectados se siguen produciendo a fecha de hoy.

Por otro lado, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el apartado 22.1 expone: “(...)”.

Además de las obligaciones generales derivadas del régimen jurídico del presente contrato, y de las establecidas en el P.P.T.P. son obligaciones específicas del contratista las siguientes:

Ejecutar el contrato de conformidad con lo dispuesto en el P.P.T.P, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como en la oferta presentada por el adjudicatario.

(...)

(...)”

Tercero.- Sobre los incumplimientos considerados esenciales:

“A.- MEDIOS ADSCRITOS AL SERVICIO

1. Baldeadora con capacidad de depósito de agua \geq de 5 m³

La empresa comunicó en numerosas ocasiones que la baldeadora que prevé el pliego, de tracción hidráulica, no puede circular por la autovía, por suponer un grave trastorno para el servicio dadas las dificultades para desplazar durante la ejecución del servicio, por ello se propuso su sustitución por una de tracción mecánica que puede cumplir con realizar el servicio en todo el municipio y desplazarse sin problemas, por eso se adscribió la otra baldeadora que cumple la función, y que tenía la empresa, pues no iba a adquirir una que no pudiese cumplir la función. Estas comunicaciones ya se realizan en 2016 al técnico responsable en ese momento, no obteniendo respuesta hasta que, en abril de 2019, se nos requiere para que aclaremos si este cambio va a suponer un coste adicional para la Administración.

Se alega que no se ha atendido el requerimiento, pese a que no se concedió plazo para ello, y a que la empresa está valorando cuales pueden ser los costes actuales, pues desde el año 2016 en que se les comunicó la necesidad de hacer el cambio, y hasta hoy, han variado las exigencias medioambientales y sus requerimientos, así como las prestaciones, que ahora incluyen tacógrafos digitales, todo lo que puede incidir en unos costes más elevados.

Llama la atención que se impute dicho incumplimiento a la empresa cuando el Ayuntamiento ha tardado 3 años en contestar, y lo hace a través de un requerimiento.

Los datos de los que disponía la empresa estaban fijados a la fecha inicial y ahora, como hemos dicho, estamos a expensas de recibir las posibles variaciones de precio. Es voluntad de esta parte facilitar la información detallada en cuanto dispongamos de ella, y por lo tanto aclarar si hay o no sobrecostes.”

Esta Administración en ningún momento les ha exigido un medio material con unas características diferentes a las exigidas en los Pliegos, si la concesionaria

entendía que estos medios materiales no eran los adecuados tenían que haberlo expresado en el momento de la licitación o directamente no presentarse a ella.

Ustedes han adscrito a este servicio una baldeadora, que tampoco puede circular por la autovía, y además con una antigüedad de 9 años, cuando lo que se exige en los Pliegos es que sea de nueva adquisición.

Esta administración no tiene ninguna obligación de responder a una oferta sobre un medio material que nunca ha solicitado.

No existe constancia en los archivos de esta Administración de la presentación de esta oferta en 2016. Sólo se tiene constancia de la entrada de dicha oferta el 23 de febrero de 2018 con registro de entrada 3223/2018. Con respecto a la citada oferta se le realizó un requerimiento el 29 de abril de 2019 donde se le solicitaba que dijeran expresamente quien asumía los sobrecostes a los que ustedes mismos hacían referencia en la citada oferta. Desde el requerimiento han pasado seis (6) meses y siguen sin contestar sobre quien asume dichos sobrecostes y tampoco lo han hecho en estas alegaciones. Resulta muy difícil de entender que en los seis (6) meses transcurridos desde la recepción del citado requerimiento, no hayan recibido ofertas al respecto por ningún fabricante. Tampoco han justificado con ningún documento que se haya solicitado una nueva oferta.

Por otro lado, en la certificación realizada en agosto de 2016 el anterior Responsable del contrato en el apartado sexto expone:

“Los vehículos que se han de adscribir se detallan a continuación:

1. Ud. Baldeadora con capacidad de depósito de agua \geq a 5,00 m³:

Se adscribe al Servicio el día 12 de enero de 2015 el vehículo (...) con matrícula (...) y fecha de matriculación de 26 de enero de 2006; por lo que no es de nueva adquisición.

Tras la última conversación verbal mantenida con la Concesionaria del Servicio el día 28 de julio de 2016, manifiesta que se ha realizado el encargo de dicho vehículo al fabricante, por lo que se está a la espera de los plazos de montaje del chasis, la carrocería y posteriormente envió desde la península ibérica”.

No obstante, aquí no se está valorando si existe una oferta y cuándo se produjo, se está valorando que la Concesionaria tenía que adscribir al servicio, desde el

primer día, una baldeadora con las características exigidas en los Pliegos y que esta fuera de nueva adquisición.

“2. Barredora con capacidad de tolva \geq de 5 m³ < 7 m³.1

De nuevo reiteramos que, se ha acreditado en numerosas ocasiones, que no se trata de ningún incumplimiento, puesto que la potencia recogida en el PPTP es fruto de un error. Los 160kw son muy superiores incluso a los exigidos para otra maquinaria de parecidas características o incluso superiores, habiéndose previsto para el resto de maquinaria 100kw de potencia.

El Ayuntamiento dispone del certificado ya remitido en varias ocasiones, que volvemos a adjuntar, emitido por la empresa (...), suministrador del equipo, en el cual reconoce que el error puede deberse al empleo de las unidades de medida, ya que los 160Kw equivaldrían a 217,69 CV, potencia impensable para dicha máquina.

Dicho error no puede ser imputable como incumplimiento a la empresa, ya que obedece a un error ajeno a esta parte.

3. Barredora-Baldeadora con capacidad de tolva de \geq 5,00 m³ < 7,00 m³.

Como en el supuesto anterior nos encontramos ante otro error, y como en el caso anterior ya se acreditó en varias ocasiones que se trataba de una confusión, pues se produce un error por parte la empresa (...) al expedirnos el certificado de la máquina. Así consta en el mismo certificado al que nos referimos el apartado anterior, indicando no sólo que la máquina cumple la capacidad exigida si no que la que tiene es aún mayor.

De nuevo esta circunstancia no es imputable a la empresa, es un error de un tercero, de carácter meramente formal que debiera de haberse aclarado ya por el Ayuntamiento, ya que desde hace años tienen en su poder dicho certificado y la máquina siempre ha cumplido con las exigencias previstas.

4.- Vehículo barredora con capacidad de tolva de \geq 7 m³.

Se imputa que dicho vehículo tiene una capacidad inferior, de 6 m³.

En el informe del técnico municipal se transcribe en el título, por error, lo siguiente: “2. Baldeadora con capacidad de depósito de agua \geq de 5,00 m³”.

Dicho extremo fue aclarado en 2015, y se aportó correspondiente certificado de fecha 6 de febrero de 2015, también emitido por la empresa (...), en donde, a la página 4, consta que el volumen de la tolva es de 7.000 litros, es decir, los exigidos.

Seguimos desconociendo por qué se insiste en extremos que han sido aclarados mediante los correspondientes certificados, que obran en poder del Ayuntamiento desde hace años”.

Estos incumplimientos recogidos en los apartados 2,3 y 4, y que fueron detectados por la auditoría realizada al servicio y, revisados en la propia nave de la Concesionaria, fueron recogidos en el informe propuesta realizado por el Técnico responsable del servicio, considerándolos que eran de escasa entidad, y que sólo servirían para distraer la atención, sobre los graves incumplimientos detectados por dicha auditoría y no se hicieron requerimientos sobre los mismos.

“B.- MEJOR OFERTA ECONÓMICA EN CAMPAÑA DE ELIMINACIÓN DE CHICLES.

Son inciertas las alegaciones efectuadas al respecto.

Efectivamente, en el proyecto de la campaña de eliminación de chicles, se contempla la actuación de 3 equipos, integrados por los medios humanos y materiales que correctamente se indican.

La empresa cumple su obligación pues se presta el servicio con los 3 equipos: 2 de ellos trabajan en turno de mañana y el otro en el turno de tarde. Cada equipo está formado por los medios humanos y materiales requeridos, lo que se acreditó con los partes de trabajo que están en poder de la Administración, constando dos partes de mañana y uno de tarde.

Quizá la interpretación que hace el Ayuntamiento es errónea, debe entender que los 3 equipos deben coexistir independientemente, cuando lo cierto es que la obligación consiste en la prestación de servicios por 3 equipos al día, lo que se puede hacer en turnos, como se ha hecho siempre. En los informes no se recoge ninguna incidencia a la no realización del servicio por 2 equipos en el turno de mañana y uno de tarde, que es lo que exige el pliego, por lo que se cumple la previsión de prestación de los trabajos de quitachicles con 3 equipos.

En cuanto a las alegaciones efectuadas sobre el incumplimiento del horario de estos trabajos, debemos recordar que el mismo se varió por petición expresa del Ayuntamiento con el objetivo de adecuar los trabajos a la luz diurna, así como para permitir la disponibilidad de las máquinas quitachicles, que eran requeridas por Uds. para realizar otros servicios, algunos incluso ajenos al contrato.

En cuanto a la máquina fregadora autopropulsada (...), matrícula (...), se omite que este medio no es exigido por el contrato y en su día la empresa lo dispuso para

mejorar el servicio en el inicio. Con posterioridad se estropeó, siendo su reparación más costosa que el precio, motivo por el cual no se ha reparado. No se puede pedir su adscripción a la contrata porque no es un medio obligado por el pliego”.

Todas las afirmaciones realizadas en el informe-propuesta son ciertas y perfectamente demostrables. Resulta muy complicado interpretar de forma errónea una oferta que textualmente expone:

“(…) para llevar a cabo este servicio se han previsto 3 equipos integrados cada uno de ellos por los siguientes medios humanos y materiales que se adscribirán al servicio.

Medios humanos: 1 peón especialista + 1 peón

Medios materiales: Furgón con equipo limpiachicles + hidrolimpiadora de agua caliente”.

En cuanto a los medios materiales no existe ahora mismo en el servicio quitachicles ni un solo medio material que cumpla con las características ofertadas. La concesionaria ha aportado al servicio dos simples furgones con una moto-bomba de presión de agua fría y un depósito plástico de 1.000 litros de capacidad.

En cuanto a los medios humanos, a pesar de la escasa documentación aportada, y una vez revisado uno por uno todos los partes de trabajo presentados, se constata que diariamente se utilizan un mínimo de dos personas pertenecientes al servicio de limpieza, por lo que se comprueba que sólo tienen 4 operarios contratados para la eliminación de chicles y no 6, que son los ofertados.

También en el requerimiento, además de las nóminas, se les exige la presentación de las facturas correspondientes a lo ofertado, ya que, en dicha oferta los servicios fueron cuantificados por un valor de doscientos tres mil doscientos cincuenta y nueve con quince céntimos (203.259,15 €) anuales. De esto último la empresa no ha aportado nada. Recordarles que este fue uno de los criterios de adjudicación valorados con la máxima puntuación y uno de los motivos de que sean su empresa, y no otra, la que presta el mentado servicio.

“C. CAMPAÑA DE SENSIBILIZACIÓN

Entendemos que se imputa el incumplimiento, en cuanto al coste de la campaña de sensibilización relativa a la oferta valorada bajo el criterio nº 3 (diferente a la campaña de sensibilización obligatoria por el PPT en importe anual de 5.000€), en base a una errónea interpretación de la oferta realizada por la empresa.

Tal y como consta en el Estudio Económico, en el apartado de “Valoración de mejoras” (en su cuadro desglose), la oferta realizada por la empresa lo era por un importe de 79.114,10€ sin IVA, pero para todo el periodo de la concesión y no anual como se pretende. Por lo tanto, entendemos que el Ayuntamiento está haciendo una interpretación equivocada de la oferta, sin reparar en el detalle de la valoración incluida en el estudio, que claramente especifica que este coste es único y total para todo el tiempo de la contrata.

Además, recordamos que la empresa, a día de hoy, ya cumplió con dicha campaña; campaña que fue consensuada y supervisada desde el Ayuntamiento. Acompañamos facturas que acreditan el pago de las campañas de sensibilización que se realizaron a finales de 2016, y por un importe total de 79.369,98€ IVA a parte”.

Esta alegación viene a demostrar la nula voluntad que tiene la concesionaria de cumplir con el contrato, basta para ello leer la cláusula 10.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas que textualmente dice:

“10.3.- CRITERIOS DE ADJUDICACION. Son criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato los siguientes, por orden decreciente de importancia, con arreglo a la siguiente ponderación:

- 1.- Mejor oferta económica: 40 puntos.
- 2.- Mejora en equipamiento en maquinaria: 20 puntos.
- 3.- Mejor oferta económica en campana sensibilización: 15 puntos.
- 4.- Mejor oferta económica campana eliminación chicles: 15 puntos.
- 5.- Mejor oferta de papeleras: 10 puntos.

Las ofertas que se presenten en relación con el criterio de adjudicación número 1, 3 y 4 se entenderán ofertados para cada año de contrato; las ofertas presentadas en relación con los criterios de adjudicación número 2 y 5 se entenderán ofertadas para toda la vigencia del contrato”.

También se puede comprobar al revisar su propia oferta que textualmente dice:

“C) GASTOS DE CAMPAÑA DE SENSIBILIZACIÓN.

De acuerdo con lo estipulado en el Pliego de Cláusulas Administrativas (cláusula 10.3) se ha previsto un importe anual de 5.000 € destinado a campañas de sensibilización.

Este importe es independiente del consignado en el punto 3 de este mismo Sobre para dar cumplimiento al criterio de adjudicación relativo “Mejor oferta económica en campaña de sensibilización”.

En el Anexo V del citado sobre en relación con el criterio nº 3 sobre “Mejor oferta económica en campaña de sensibilización” dice textualmente:

“Enterados del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas que han de regir el “contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria en el término municipal de Mogán, bajo la modalidad de concesión administrativa” y, aceptando íntegramente el contenido de los mismos, en nombre de las entidades (...), y de (...), se compromete a destinar un gasto en campaña sensibilización, por un importe anual de: Precio SIN IGIG: 79.114,10 euros”.

Por otro lado, las presentes alegaciones no vienen acompañadas de ninguna factura que acredite el gasto realizado en 2016, por lo que no queda acreditado el mismo.

[Hasta aquí responde el técnico municipal a las alegaciones sobre los incumplimientos calificados como esenciales, para pasar a continuación a responder acerca de los incumplimientos calificados como no esenciales].

“2. Ubicación e instalación de papeleras

Desconocemos por qué no constan las comunicaciones que se han hecho desde el principio del contrato a los técnicos responsables. Cada vez que se realizaba algún cambio se comunicaba, siendo la última comunicación enviada de julio de este año”.

En este incumplimiento el Técnico responsable del contrato considera que es un servicio que funciona razonablemente bien y no se realizó requerimiento sobre el mismo.

“3.- Instalaciones fijas.

Incierto lo que se afirma.

Cuando se alude al depósito de los residuos, se afirma que no se realiza en condiciones que eviten un problema de lixiviación que afecten a los espacios públicos. Se omite que los residuos que se depositan no generan lixiviado, ya que son los procedentes de las barredoras. También se omite que la empresa se ha visto obligada a depositarlos ahí, por causa imputable al Ayuntamiento que tiene clausurado el Punto Limpio en el que se depositaban. Además, se obvia también que

no pueden ser trasladados al Complejo Ambiental de Juan Grande porque las barredoras no tienen permitida la circulación por la autopista”.

El lixiviado existe, porque se ha comprobado “in situ” y se produce al mezclarse el agua de las barredoras con los residuos recogidos por las mismas, y se encuentran al aire libre dentro de un simple depósito abierto.

No obstante, el Técnico responsable del contrato considera que es un incumplimiento de poca entidad, puede tener una fácil solución, y no se realizó requerimiento sobre el mismo.

“4.- Gestión Medioambiental

La propia naturaleza de las UTE implica que la misma carece de personalidad jurídica propia, motivo por el cual, las certificaciones de gestión medioambiental están expedidas a favor de cada una de las dos empresas integrantes de la misma, cumpliendo con ello las exigencias requeridas”.

Incluso dando por bueno lo que la concesionaria alega y, aceptándolos por separado, resulta que concretamente que la empresa (...) carece de dicho certificado para la prestación del servicio de limpieza viaria.

“5.- Cumplimiento de entrega de documentación del servicio

Cierto que se requirió a la empresa para aportar la documentación relativa a los justificantes de abono de los boletines de cotización desde enero de 2016 hasta la actualidad. Esta parte comunicó la imposibilidad absoluta de cumplirlo en plazo, es más a día de hoy, nuestros servicios centrales no nos han remitido todos los documentos, motivo por el cual aún no se han aportado.

Es voluntad de esta parte que el Ayuntamiento compruebe que efectivamente todas las cotizaciones están abonadas y que la empresa cumple sus obligaciones salariales y de seguridad social, pero resulta sorprendente que se nos achaque tal incumplimiento, cuando en casi 4 años se envió mensualmente la documentación de TCs sin ninguna objeción. Hoy en día localizar, contable y documentalmente, tantos justificantes es una labor que conlleva más tiempo del que puede parecer, pese a que se impone una premura injustificada cuando en años no fue objeto de interés”.

Esta Administración puede entender que exista cierta dificultad para presentar la acreditación de las cotizaciones de los años anteriores, pero no entiende que después haber sido realizado el requerimiento hace seis meses no ha recibido un sólo

justificante que acredite el pago del Recibo Líquido de Cotizaciones durante este periodo.

Por otro lado, podían solicitar un certificado a la Seguridad Social que acredite que no están incurso en ningún procedimiento de ejecución, además de una declaración responsable sobre si existen aplazamientos, y si existen, en qué condiciones se han negociado dichos aplazamientos.

Esta situación produce una gran preocupación a esta Administración, ya que, desconoce en la actualidad, cual es la situación real de la concesionaria con respecto a sus obligaciones con la Seguridad Social.

“6.- Medios materiales de reserva

Como bien sabe el Ayuntamiento, porque así se le ha aclarado en numerosas ocasiones, la empresa dispone de los medios de reserva necesarios para dar continuidad al servicio en las condiciones exigidas.

No obstante, no es factible mantener duplicados en cada momento todos los medios materiales con los que se realizan el servicio.

En cuanto a la avería de la barredora y que esta se demorase por causa no imputable a la empresa algo más de un mes, entendemos que carece de relevancia pues son incidencias habituales en los servicios y que la empresa es la primera en padecer, además de haber sido provocado por un error de suministro del taller oficial”.

La Administración desconoce cuál es la situación de los medios de reserva, por eso le solicita dicha información en un requerimiento, al cual la concesionaria solicitó un aplazamiento, que les fue concedido por esta Administración, para luego no contestar, no sabemos con qué propósito.

Por otra parte, el apartado 40 del Pliego de Prescripciones Técnicas dice textualmente:

“40. MANTENIMIENTO DE VEHÍCULOS, MAQUINARIA Y HERRAMIENTAS.

(...)

Cualquier avería que se produzca en los vehículos y maquinaria deberán ser sustituidos en un plazo máximo de 24 horas”.

Por su parte el apartado 44 del citado Pliego de Prescripciones Técnicas dice textualmente:

“44. MEDIOS DE RESERVA

El adjudicatario deberá disponer de todos los medios de reserva necesarios para la correcta prestación de todos y cada uno de los servicios contratados”.

Obvia la concesionaria que la citada baldeadora estuvo sin prestar servicio desde el 17 de abril al 30 de septiembre, es decir, 6 meses, no un poco más de un mes como alegan. Durante ese tiempo se celebraron las fiestas patronales más importantes de este Municipio y se tuvo que recurrir a la ayuda externa para mantener esas zonas en buen estado de limpieza. No parece muy lógico que se traslade la responsabilidad a un taller, con el cual, esta Administración no tiene ninguna relación.

Obvia la concesionaria el hecho muy grave ocurrido cuando, debido a la falta de medios materiales de reserva, el vehículo barredora E-2457 BGJ estuviera prestando servicio y circulando desde el 13 de diciembre hasta el 14 de febrero con la Inspección Técnica de Vehículos desfavorable, y que dicha circunstancia sólo se interrumpió tras la exigencia realizada por esta Administración, una vez conocidos los hechos.

Tercero.- En las alegaciones no se hace ninguna referencia al requerimiento realizado el 30 de abril de 2019 y con registro de salida 2019/3295 donde se les requirió para que presentaran el Plan de Gestión de Servicios, que tendría que ser presentado con carácter anual y sólo ha sido presentado en el año 2015.

Para dicha presentación se les concedió un plazo de noventa (90) días naturales y se les dispensó de presentar el de los años 2016,2017 y 2018, sin que seis meses (6) después exista ninguna respuesta.

Cuarto.- Pasamos a analizar el resto de las alegaciones jurídicas efectuadas: "no se califica en el acuerdo, pero resulta necesario analizar la valoración que el informe de auditoría hace sobre el cumplimiento de la obligación principal del contrato (que a falta de tipificación como esencial de los otros incumplimientos, podría dar lugar a la resolución contractual).

La resolución administrativa toma sesgadamente el contenido del informe de auditoría para calificar de esenciales ciertas incidencias que este recoge. Sin embargo, omite lo esencial: el resultado de la obligación principal del servicio, es decir, la calidad y cumplimiento de la limpieza.

Como hemos dicho, sobre la calidad y cumplimiento de la obligación principal, la limpieza, la Administración hace una interpretación sesgada de los resultados de la auditoría. Sin embargo, en síntesis los resultados son los siguientes:

-Se detectan 4 grupos de defectos, pero no se valora en las conclusiones el porcentaje de resultados con defectos respecto a los resultados correctos. El índice de defectos es muy bajo respecto del total, e incluso de los correctos. Por lo tanto, tales conclusiones hay que tenerlas en cuenta dentro estos parámetros, es decir, existen pero ¿con mayor o menor presencia?

- En relación con las incidencias de las manchas de los vehículos, el informe aclara que las características del pavimento justifican su presencia pues hacen prácticamente imposible su eliminación, por lo tanto no se trata de un defecto de limpieza, si no de las características del pavimento, ajeno a la empresa. Además, como sabe el Ayuntamiento, estas manchas son provocadas por los lixiviados que caen de forma habitual de los camiones de recogida de un servicio ajeno al nuestro, y motivado por el mal estado y la antigüedad de los medios que utilizan.

QUINTA.- Llama la atención que se inicie un expediente de resolución de contrato, porque supuestamente esta parte no cumple con sus obligaciones, cuando quien inicia tampoco cumple las suyas. En los folios 25 a 28, constan reflejados los incumplimientos que la propia Administración detecta de su actuación para con la empresa, reconociendo tener pendiente de regularización cantidades devengadas de trabajos extraordinarios, solicitados y realizados desde el origen del servicio hasta el día de hoy. Desde hace más de 4 años ninguno se ha regularizado ni abonado.

Por otro lado, la empresa afronta su tercer expediente de resolución contractual iniciado por el Ayuntamiento, sin mediar entre los mismos, requerimientos o imposiciones de penalizaciones por la mala ejecución o el mal cumplimiento del servicio. Además, debemos indicar que son inciertas las siguientes argumentaciones utilizadas en la justificación de la decisión adoptada: No existe proporcionalidad cuando el Ayuntamiento reconoce incumplir con la empresa. Además, es incierto que la empresa fuese requerida en alguna ocasión para la rectificación de las deficiencias que a su entender existían, limitándose el Ayuntamiento, ahora ya por tercera vez, a trasladar las deficiencias en acuerdos de resolución de contrato. Llamamos la atención en el hecho de que en ningún momento se dio traslado a la empresa del informe de auditoría en el que ahora se apoyan, para tratar las incidencias y mejorar el servicio, solamente se utiliza para seguir intentado rescindirnos el contrato.

- No se han aplicado penalizaciones económicas a la empresa, nunca se han efectuado descuentos, y menos advertencias sobre la necesidad de su cumplimiento, pues lo que sí es cierto es que es la tercera vez que se utilizan los mismos motivos para intentar nuevamente la resolución del contrato adjudicado.

En cuanto a la fundamentación jurídica, en los folios 41 y 42, y 46 a 48, el acuerdo administrativo recoge la argumentación legal acerca de la procedencia de la resolución contractual, motivada en general por el incumplimiento de la obligación principal del contrato, aludiendo a la causa prevista en el artículo 211. 1 f) de la LCSP, que a su vez exige el incumplimiento de las obligaciones esenciales, pero obvia hacer hincapié en que será siempre que hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos, de manera precisa, clara e inequívoca, no sirviendo las cláusulas de tipo general. Se omite que los pliegos no lo recogen, y pese a que el ayuntamiento pretende calificar incidencias como incumplimientos esenciales en el acuerdo de resolución, no procede.

Es cierto, que el citado precepto establece que será causa general de resolución el incumplimiento de la obligación principal del contrato, pero en base a incumplimientos de obligaciones que hubieran sido calificadas como tales condiciones esenciales en los pliegos y estén expresadas de forma precisa, clara e inequívoca, no siendo admisibles cláusulas de tipo general. Por lo tanto, la resolución debe estar supeditada a la calificación previa en los pliegos de los incumplimientos esenciales que sirva como base para la misma, sin que se supla esta previsión con la pretendida argumentación que se hace ahora en el acuerdo administrativo, y menos aún, sorprendentemente en referencia a manifestaciones que los técnicos de auditoría hacen en su informe careciendo de competencia alguna para realizar tales consideraciones jurídicas.

Por otro lado, y con independencia de lo anterior, tampoco se ha constata el incumplimiento de la obligación principal del contrato, que, según su objeto, es la prestación del servicio de limpieza. A este respecto el acuerdo nada razona, no analiza si se cumple o no este. No lo hace por una sencilla razón, como hemos dicho antes, la limpieza es satisfactoria, y no se argumenta porque no hay fundamento para ello. Por ello, decae la premisa legal imprescindible para la resolución contractual, y ello con independencia de las consideraciones que se hacen sobre supuestas incidencias, que no están contempladas como causa de rescisión del contrato.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que, en todo caso, las obligaciones cuyo incumplimiento se imputa a la empresa no han sido calificadas como tales condiciones esenciales en los pliegos de forma precisa, clara e inequívoca, y que no sólo no se incumple el objeto principal del contrato si no que el servicio se ejecuta con un nivel de bastante satisfacción, no procede la resolución contractual que se pretende.

Por lo expuesto,

SOLICITA: Que tenga por presentado este escrito con sus copias, lo admita y en su virtud tenga por evacuado el traslado conferido, y por efectuadas las alegaciones en el contenidas, y en su virtud acuerde la nulidad del acto y del procedimiento, y subsidiariamente acuerde no ha lugar a la resolución del contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria en el término municipal de Mogán adjudicado a la empresa, archivando el procedimiento”.

El apartado 16 del Pliego de Prescripciones Técnicas dice textualmente:

“16.- FIESTAS Y ACONTECIMIENTOS OFICIALES

(...)

Estas tareas de limpieza se considerarán incluidas en el proyecto económico, figurando con una partida anual de veinticuatro mil seiscientos diez euros (24.610 €) y tendrán la consideración de coste variable, es decir, serán abonados al contratista previa justificación del gasto realizado, que deberá contar con la conformidad de la dirección facultativa del servicio”.

Esta Administración en un ejercicio de objetividad reconoce que pueden existir diferencias con respecto al pago, al no incluirse en ellos, el coste de los medios materiales en los servicios “FIESTAS Y ACONTECIMIENTOS OFICIALES”. Por eso en las diferentes reuniones mantenidas con la concesionaria se les solicitó una relación de costes de los mismos. Una vez estudiada dicha relación, se constató que dichos costes, en algunos casos, duplicaban a los que sirvieron para justificar la baja desproporcionada realizada en la oferta.

El 27 de julio de 2016 se produce una modificación de contrato donde la partida para “FIESTAS Y ACONTECIMIENTOS OFICIALES” que era de 24.610 € (24.610 euros) se ve incrementada en 15.800 euros, pasando a contar con una partida de 40.410 euros, sin que en ese momento la concesionaria opusiera nada al respecto.

No obstante, esta Administración siempre ha estado abierta a resolver esas posibles diferencias, siempre dentro de la partida incluida dentro del proyecto económico que ya ha sido modificado, es decir, reduciendo medios humanos para compensar los gastos de los medios materiales.

Con respecto al principio de proporcionalidad recogemos lo que dice el Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 417/2018 que expone: “(...) 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 (...)”.

Como consta en el expediente el día 30 de abril se le realizaron cinco (5) requerimientos y el día 3 de mayo otro.

Es totalmente incierto que no se hayan realizado descuentos ni penalizaciones durante el transcurso del contrato, concretamente se han descontado las cantidades siguientes:

AÑO TOTAL

2015 141.588,78 €

2016 30.536,28 €

2017 38.978,41 €

2018 33.710,07 €

2019 16.722,44 €

Por lo tanto, resulta evidente que la función coercitiva que se le presupone a las penalidades, que no es otra que la de conseguir el cumplimiento del contrato por parte de la concesionaria, han resultado fallidas.

Por otro lado, y sólo valorando los incumplimientos que consideramos más importantes, y obviando el resto, las cuantías de los mismos queda como sigue:

OFERTADO	AÑO	10 AÑOS
V. BALDEADORA	90.642,38 €	90.642,38 €
OFERTA CAMPAÑA SENSIBILIZACIÓN 7	9.114,10 €	791.141 €

CAMPAÑA SENSIBILIZACIÓN PLIEGOS	5.000 €	50.000 €
OFERTA QUITACHICLES	203.259,15 €	2.032.591,50 €
TOTAL	2.964.374,88 €	

Las cuantías aquí mencionadas son las que la concesionaria propuso en su oferta. La Administración no puede cubrir con sanciones estos incumplimientos, sobre todo teniendo en cuenta la limitación recogida en el Pliego de Cláusulas Administrativas en su apartado 25.1 que dice: "En el caso de que el contratista realice 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 penalidad económica proporcional a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato".

La limpieza en la calle es aceptable, como recoge la auditoría, pero no óptima, como se exige en el Pliego de Cláusulas Administrativas. No obstante, sería bueno tener en cuenta que esta Administración está aportando cinco (5) operarios a jornada completa durante cuatro (4) días a la semana, a través del Plan de Empleo Social y otros diez (10) en prácticas, a través del Plan de Formación en Alternancia en el Empleo (PFAE).

Para calificar la obligación principal del contrato acuden a la Cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas donde dice: "Es objeto del presente contrato la gestión indirecta del servicio público de Limpieza Viaria en el término municipal de Mogán, que adoptará la modalidad de concesión administrativa, debiendo asegurarse que dicha prestación se realice de la forma más eficaz, asegurando las debidas garantías de calidad, eficacia, continuidad y respeto al medioambiente, la utilización racional de los recursos disponibles y una óptima consecución de resultados en la ejecución del servicio público", pero obvian la continuación del mismo donde dice: "La ejecución del objeto del contrato deberá ajustarse a lo exigido específicamente en el presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) así como en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante, PPTP) teniendo todos ellos carácter contractual".

Se le hace constar lo que recoge el Pliego de Cláusulas Administrativas en su cláusula 22.1 donde expone:

"(...)

Además de las obligaciones generales derivadas del régimen jurídico del presente contrato, y de las establecidas en el P.P.T.P. son obligaciones específicas del contratista las siguientes:

Ejecutar el contrato de conformidad con lo dispuesto en el P.P.T.P, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como en la oferta presentada por el adjudicatario. (...)”

Por su parte el contrato formalizado entre ambas partes el 10 de junio de 2014 en su cláusula octava expone textualmente: “Serán causas de resolución de contrato las previstas en la cláusula 31 del pliego de cláusulas administrativas que lo rige”. La mencionada cláusula 31 del Pliego de Cláusulas Administrativas expone literalmente: “El incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones recogidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, así como en el contrato formalizado entre las partes, será causa de resolución del contrato de gestión de limpieza viaria”.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que ustedes invocan en su disposición transitoria primera punto primero, textualmente dice.” Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. (...)”, por lo tanto la normativa aplicable a este proceso de resolución es el Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Contratos del Sector Público, concretamente el artículo 223. 1, f) que textualmente expone: El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.

El propio Consejo Consultivo de Canarias en los fundamentos del ya mencionado dictamen 417/2018 dice textualmente: “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».

Los tres elementos a los que esta Administración le ha dado mayor importancia (baldeadora, Campaña de sensibilización, eliminación de chicles) han sido esenciales para la adjudicación del contrato.

En todos ellos la concesionaria ha conseguido la máxima puntuación, doblando en algunos casos al siguiente licitador.

Es cierto que en dos ocasiones se ha intentado resolver este contrato, por eso, en esta ocasión la Administración ha empezado realizando una prueba pericial, como es la auditoría, para comprobar fehacientemente los posibles incumplimientos por parte de la concesionaria, y una vez constatados, se le han realizado una serie de requerimientos para que corrija los mismos. A varios de estos requerimientos la concesionaria solicitó varios aplazamientos, que les fueron concedidos, aunque una vez cumplidos los plazos de dichos aplazamientos no se recibió respuesta, y tampoco se ha corregido ninguno.

EN CONCLUSIÓN

1. La concesionaria no niega los incumplimientos, simplemente en unos casos desvía la responsabilidad a terceros y otros hace una interpretación totalmente inverosímil de su propia oferta.

2. El no reconocer los incumplimientos como propios supone que éstos no van a ser subsanados y que se van a seguir produciendo durante la ejecución del contrato.

3. Se ha demostrado que se cumple defectuosamente el objeto del contrato y que es la propia concesionaria la que califica dicho objeto como obligación principal.

Por lo tanto, entendemos que se cumplen todos los requisitos para solicitar esta resolución de contrato (...).

17.D. Este otro informe del director facultativo y responsable supervisor de los trabajos objeto del contrato concluye, al igual que el anterior, con la propuesta de resolución:

«Primero.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas por la UTE (...) compuesta por las empresas (...) y (...) en relación al inicio del procedimiento de resolución del

“Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán”.

Segundo.- Considerar acreditados los incumplimientos reflejados en la auditoría realizada al “Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán”, y recogidos en los informes realizados por los técnicos municipales.

Tercero.- RESOLVER el contrato de gestión de servicio público denominado “Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán”, adjudicado a la entidad denominada UTE (...), constituida en la actualidad por (...) y (...), siendo la causa de resolución invocada, la prevista en el art. 223.1 f) del TRLCSP, con incautación de la garantía y el resarcimiento de daños y perjuicios, si los hubiere, y no fuese suficiente la citada garantía a favor de la administración.

Cuarto.- Requerir al contratista al objeto de que proceda a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público.

Quinto.- Dar traslado del presente informe-propuesta a la Junta de Gobierno Local como órgano competente para conocer del mismo, en virtud de las delegaciones efectuadas por el Pleno de este Ayuntamiento celebrado el de 12 julio de 2019.

Sexto.- Notificar el acuerdo adoptado a los interesados, a (...) (Coordinador de las Áreas de Servicios Centrales, de Acción Social y Sociocomunitaria, de Urbanismo, Promoción Turística y Seguridad), a (...) (Coordinador del Área de Medio Ambiente, Servicios Públicos, Obras Públicas y Embellecimiento), y a la Unidad Administrativa de Contratación de este Ilustre Ayuntamiento».

18. El día 3 de febrero de 2020 la empresa (...) presenta escrito de alegaciones, que dice textualmente:

«PRIMERO.- La Administración a la que tengo el honor de dirigirme acordó en su día la apertura del procedimiento de resolución de contrato de prestación del servicio de limpieza viaria con otorgamiento del trámite de alegaciones para las partes interesadas.

SEGUNDO.- Mi representada solicitó la realización de prueba pericial técnica a los efectos del ejercicio de legítima defensa y a efectos de someter a contradicción

los correspondientes informes técnicos en que la Administración fundamentaba su pretensión resolutive.

TERCERO.- Una vez realizada la prueba en cuestión y emitido el pertinente informe por el técnico designado para ello, por medio del presente escrito y como documentación adicional núm. 1, esta parte procede a remitir el correspondiente informe, donde como puede comprobarse se fundamenta de forma amplia y clara que no procede la resolución del contrato y sobre la ausencia de causa imputable a la contratista para ello.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITO que teniendo por presentado el presente escrito, junto a la documentación adicional, se admitan y dicte resolución conforme a las alegaciones interpuestas por esta p arte y conforme al informe técnico pericial, declarando el archivo del procedimiento de resolución de contrato y el cese de efectos del mismo (...)».

Con su escrito aportan el informe pericial, realizado por el perito designado por la empresa, (...), y fechado el día 30 de enero de 2020, del que a continuación transcribimos su apartado final, de análisis y conclusiones:

«7.- ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.

Este perito ha analizado los dos CD recibidos que en sí mismo son dos expedientes distintos de un mismo asunto, resultando que algunos documentos se duplican. En unos casos es una mera duplicidad, pero en el caso concreto de la “Auditoría” resulta relevante por aportarse dos documentos distintos con la misma fecha y sin que se exponga razonamiento que lo justifique.

Así, la “Auditoría Contrato Limpieza Viaria”, consta de 48 documentos y 1157 folios numerados. Como documento número 5 figura “informe auditoría” desde folio 176 al 542, encontrándose firmado en la página 19 con fecha 15 de noviembre de 2018. A continuación del mismo, se insertan cuatro anexos con datos, que terminan con gran número de imágenes en el anexo 4 que llegan hasta 366 páginas. En el mismo expediente figura como número 32 la propuesta de la Junta de Gobierno Local que se basa en el informe del Sr. (...), con la misma fecha, pero sin los cuadros anexos. El informe referido empieza en el folio 684 al 702, y como se señala en el apartado 4.8 de este informe, se ha eliminado la antefirma del Sr. (...). Este informe es el que se puso a disposición de este perito, pocos días antes de realizar la visita concertada a Mogán.

El segundo expediente es denominado “EXPEDIENTE: CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO DE LIMPIEZA VIARIA EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE MOGÁN, BAJO LA MODALIDAD DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA REFERENCIA:(...)”. Este expediente es mucho más voluminoso, y consta de 755 documentos y 11488 folios numerados.

El informe del Sr. (...) (el preliminar) se incluye insertado en documento n.º 742, ocupando parcialmente el mismo, desde folio 11007 a 11023, sin incluir los cuatro anexos con fotos que después se añadieron.

En este documento, también se ha eliminado la antefirma de su autor, con lo que si solo se conociera este documento, no se podría identificar al autor que lo confeccionó. No se conoce la razón de no incluir la referencia “firmado (...)” que figura en el documento original. En este segundo expediente no consta la Auditoría ampliada, segundo documento, elaborado por el Sr. (...). Las numerosas fotografías que se incluyen en el segundo documento elaborado por el Sr. (...), tiene la misma fecha que el preliminar, 15 de noviembre de 2019, y no contiene explicación alguna de las imágenes, siendo obtenidas a media o lejana distancia, lo que impide analizar su contenido. Se inserta la primera de ellas.

(...)

Al existir una única toma, el autor no puede señalar que la deficiencia que reclama subsiste, dependiendo el plazo de la zona de que se trate (1 o 2), y del tipo de intervención asignada a la UTE, en función del contenido del Pliego de Condiciones [sic] Técnicas Particulares. Al no realizarse nada más que una inspección, el documento resultante no acredita la existencia de incumplimiento alguno.

Este perito estima sorprendente que no se aporte alguna documentación elaborada por los inspectores del Ayuntamiento, cuya figura se prevé en el Pliego de Condiciones [sic] Técnicas Particulares; son los que ejercerían control para evitar deficiencias reales sobre la calidad del Servicio de Limpieza Viaria, durante el plazo de vigente del contrato, y antes de la elaboración de la Auditoría del Sr. (...). Aquellos estaban previstos en las prescripciones, y la Auditoría no está prevista en ningún documento. Este perito ha de señalar que la recogida domiciliaria de residuos estaba asignada por concesión administrativa a la empresa (...), constando que desde abril de 2017 el Pleno Municipal aprobó el secuestro forzoso de la concesión, y desde entonces el Ayuntamiento se encargó directamente del funcionamiento. (...)

Por tanto, los residuos y vertidos que se pudieran encontrar en los alrededores de los contenedores ubicados para vertido de los residuos de los vecinos estaban bajo el control de la empresa (...) o del Ayuntamiento, según las fechas. En la fecha que figura en el reportaje fotográfico del Sr. (...), la retirada de residuos domiciliarios se realizaba directamente por el Ayuntamiento de Mogán. Por tanto, la existencia de residuos alrededor de los contenedores estaría vinculada a la actuación negligente del servicio de recogida llevado a cabo bajo control de la Administración.

En cualquier caso, no se ha acreditado que UTE (...) haya incumplido las órdenes que se dieran por el DFS durante la duración del contrato. Las sanciones que fueron impuestas en distintas fases del contrato, nunca fueron hechas efectivas por supuesta deficiencia de calidad del servicio de limpieza viaria, pues consta que posteriormente fueron anuladas dichas sanciones, bien por la JGL o por el Pleno del Ayuntamiento; e incluso por el Consejo Consultivo de Canarias. En el documento de Auditoría elaborado por el Sr. (...) se indica que la calidad del Servicio de Limpieza Viaria es aceptable. Este perito no alcanza a comprender cómo se promueve la rescisión del contrato cuando no hay constancia de reproche alguno a la calidad del servicio prestado pro UTE (...).

Este perito establece finalmente las siguientes conclusiones:

1. UTE (...) tenía como finalidad primordial “conseguir la mejor prestación del Servicio de Limpieza Viaria” y con el objetivo de asegurar “el funcionamiento continuo y eficaz de los recursos, garantizando que las eventuales deficiencias en la prestación del servicio se reduzcan al mínimo técnicamente esperable e imprescindible (ver cláusula 2 del Pliego de Condiciones [sic] Técnicas Particulares).

2. El Servicio Municipal de Inspección previsto en el Pliego de Condiciones [sic] Técnicas Particulares (cláusula 46) no consta haya expuesto deficiencia concreta del servicio de limpieza prestado por UTE (...) en todo el tiempo de duración del contrato. Tampoco consta del Director Facultativo del Servicio.

3. El informe preliminar emitido por el Sr. (...) calificó como aceptable la calidad del servicio prestado, y solo señala observaciones a aspectos puntuales de los equipos y maquinaria puestos en servicio. Sin embargo, posteriormente amplió con documento que denomina “final”, nuevo y voluminoso informe al que añade cuatro informes, uno de ellos con numerosas fotografías sin descripción alguna.

Sorprende que ambos tengan la misma fecha, y que este último no se pusiera a disposición de este perito con anterioridad a la visita realizada.

4.- Las imágenes referidas en el apartado anterior no tienen validez alguna para objetar sobre la calidad del servicio, puesto que en todo caso se refiere a la constatación del estado de los espacios públicos en fecha determinada; sin embargo, no consta la necesaria verificación posterior, teniendo en cuenta que la frecuencia de cada acción es de una vez al día para la limpieza superficial en la zona 1, una vez al mes para la suciedad adherida en zona 2, dos veces al año para retirar mobiliario urbano en zona 2, y otras variables muy distintas entre sí (ver cláusula 5 del Pliego de Condiciones [sic] Técnicas Particulares). No consta verificación posterior del Sr. (...), olvidando el protocolo a seguir que marca para el adjudicatario las condiciones del contrato y las prescripciones técnicas particulares.

5. Este perito estima que no existen causas objetivas que demuestren que el Servicio de Limpieza Viaria haya sido prestado de manera incorrecta, ineficaz o con detrimento de uso para los vecinos. No hay indicio alguno de que el servicio no se haya desarrollado con la eficacia esperada por la Administración.

Según las opiniones técnicas emanadas de los técnicos de la Administración, la prestación, al menos, se califica como aceptables.

6. Por ello, este perito estima que tampoco existen causas objetivas que hagan necesario incautar la garantía».

19. El día 14 de febrero de 2020, mediante notificación telemática, se da traslado a UTE (...) la propuesta de resolución emitida por el Secretario del Ayuntamiento con fecha 13 de febrero de 2020, otorgando nuevamente un plazo de diez días naturales para trámite de audiencia.

En esa misma fecha, mediante burofax, recibido el día 17 de febrero de 2020, se notifica la propuesta de resolución a la compañía (...), otorgándole también un nuevo trámite de audiencia.

20. El 24 de febrero, la UTE (...) presenta escrito de alegaciones, reiterando la oposición a la resolución del contrato administrativo que se propone. En dicho escrito se alega, por una parte, la existencia de irregularidades en el procedimiento que serían fundamento de la nulidad del mismo; y, por otro lado, se reiteran en sus alegaciones sobre la falta de motivos para la resolución del contrato, al no haberse producido, a su parecer, incumplimientos del mismo de suficiente entidad para ello.

Transcribimos a continuación la alegación primera:

«PRIMERA.- NULIDAD. IRREGULARIDADES EN EL PROCEDIMIENTO

1º.- *Notificación inicial, falta de requisitos exigidos legalmente para los actos administrativos.*

El Ayuntamiento reconoce que se notificó el acuerdo de inicio de expediente de resolución del contrato con errores, al hacer referencia a otra empresa en su contenido, mezclando los argumentos imputados a dicha empresa y a esta parte. Ya denunciábamos que ello hacía totalmente confuso el trámite generando indefensión. Evidentemente esto era causa de nulidad, pese a que se afirme ahora que se decidió darle validez, y lo que procedía era declarar la nulidad de dicho acuerdo dejando sin efecto la notificación y el procedimiento; pero no sin más, se envió nuevamente el trámite sin hacer aclaración alguna a las partes, sin comunicar la decisión adoptada.

El hecho de notificar dos veces resoluciones diferentes, una de ellas errónea, no da a esta parte un refuerzo de defensa, sino que es una actuación totalmente irregular.

Además ambas resoluciones, la primera al parecer anulada “de facto”, resultan nulas porque se dice que se dictan al amparo del artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, vulnerando lo dispuesto en su apartado 2, que exige que el acto administrativo contenga, entre otros requisitos: “la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos (...)”.

2º.- *Indefensión.*

La Administración tramita el expediente administrativo a su criterio y omite dar traslado de las actuaciones completas a las partes. Es algo que se repite a lo largo del procedimiento y que causa indefensión, y así:

a) El acuerdo de inicio de expediente de resolución del contrato, que es la documentación que se remite a esta parte para ejercer su derecho de defensa, es un extenso documento compendio que se “entiende” es el acuerdo de la Junta de Gobierno Local. En él se hacen constantes remisiones parciales a una serie de trámites e informes de distintos técnicos y peritos, de los que solo se incluyen los extractos que interesan, sin dar copia ni traslado de los mismos a las partes.

Este hecho genera una auténtica indefensión limitando el derecho de defensa, pues como explicaremos más adelante, resulta que los documentos referidos son más amplios, de ellos completos dispone el Ayuntamiento, así como de otras referencias documentales que son base del procedimiento y a los que no se alude, tales como

anexos con información [atenta contra el derecho legítimo de defensa disponer de documentos y utilizarlos sesgados referenciando las partes que más convienen, así ocurre con el informe pericial del Sr. (...)].

El acuerdo inicial del procedimiento alude a que, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local aprueba la propuesta del Concejal Delegado en Materia de Limpieza Viaria, (...), de fecha 17 de septiembre de 2019, que a su vez se remite (y extracta) el informe de 27 de agosto de 2019, suscrito por el Técnico Municipal, (...), el cual, a su vez, se basa en el informe pericial de (...), de fecha 16 de noviembre de 2018, que tampoco se recoge de manera completa si no sesgada.

Entendemos que esta actuación es totalmente contraria a derecho causando indefensión, habrá de ponerse en conocimiento de todas las partes todos los informes técnicos en que se basa la decisión municipal, máxime cuando los mismos tienen por objeto tan grave consecuencia como la resolución contractual. Al parecer obran completos en el expediente, los conoce el Ayuntamiento y los podrá conocer el Consejo Consultivo, pero no las propias partes afectadas, que no disponen de toda la información para evacuar el trámite de oposición garantizando el derecho de defensa y práctica de prueba.

En buena fe, la empresa entendió que el contenido íntegro de los informes técnicos y periciales era el transcrito, pero ha sido a través del perito de la (...), Sr. (...) de (...), cuando en su informe pericial advierte de tales irregularidades, pues consta en el expediente administrativo dos informes diferentes de (...), precisamente el que extracta y remite al Sr. (...) el Ayuntamiento es el sesgado y no el completo. Nos remitimos a lo que en relación con este tema expone el citado perito Sr. (...) de (...) en su informe pericial.

Es decir, a la empresa no se le ha facilitado toda la información de la que dispone el Ayuntamiento y en la que funda su pretensión, se limita a transcribir lo que a su interés conviene y dar conocimiento de ello en la resolución, ocultando todo lo demás y la propia existencia del informe pericial completo, que alcanza en anexos de documentación, datos e imágenes de hasta 366 páginas que no han sido mencionadas ni facilitadas.

b) Por otro lado, se vienen omitiendo todas las notificaciones de trámite del procedimiento administrativo que se sigue. Así, por ejemplo, no se ha notificado en ningún momento diligencia de haber presentado alegaciones en plazo ambas partes, ni siquiera (como diremos más adelante) se dio trámite para subsanar, tal como

permite la ley, el error de no haber subido un documento al que se hacía referencia en escrito las alegaciones de esta parte (facturas de campaña de sensibilización); descubriendo tal error en este momento precisamente porque se contesta por el técnico municipal que no se aportó. En ningún momento se notificó que la Aseguradora hubiese formulado alegaciones, ni que se había pedido práctica de prueba pericial; tampoco se ha dictado diligencia incorporando el informe de la aseguradora dando traslado para su conocimiento a las demás partes, ni traslado de la documentación que se le facilitó al perito pero no a la empresa. Absolutamente nada, todo lo que se ha tramitado se lee en los antecedentes del informe del Secretario de 13 de febrero de 2020.

C) Aún más, no se ha notificado que se emitieron informes técnicos del director facultativo y supervisor de los trabajos en fecha 22 de enero de 2020 (no sabemos si dos o más o los que son), se hace simplemente alusión y se extracta lo que interesa de ellos en el informe del Secretario, es más, ni siquiera se menciona el nombre del que lo emite.

A este respecto debemos invocar el criterio del Consejo Consultivo de Canarias, contenido en el dictamen de fecha 25 de septiembre de 2019 (334/2019), al que alude precisamente el informe del Secretario. Dicho dictamen es precisamente relativo a este Ayuntamiento, y en el que se indica que la propuesta remitida no es ajustada a derecho porque no se dio traslado a las partes de los INFORMES TÉCNICOS obtenidos y referenciados en la resolución administrativa. Por lo tanto, no hablamos de que se dé traslado del informe del Secretario y del compendio que ahí se quiera hacer de ciertas partes de los informes, sino que lo que se debe dar a conocer son propios informes técnicos que se emitan una vez formulada oposición. Más aún cuando como es el caso, los técnicos están introduciendo nuevos datos relativos a descuentos en las facturas no contenidos como hechos en el relato del acuerdo inicial.

Todas estas irregularidades deben conllevar la declaración de nulidad del procedimiento administrativo desde su mismo inicio.

3º.- Al parecer (...) denunció acertadamente en su escrito de alegaciones, que el Ayuntamiento no ha notificado el expediente de resolución de contrato a las dos empresas que forman la Unión Temporal de Empresas "UTE (...)". Esto supone un nuevo vicio de nulidad.

Al parecer se contesta por los técnicos que, al amparo del artículo 8 de la Ley 18/1982 de 26 de mayo, que establece la necesidad de que exista un gerente, su

existencia convalida la falta de notificación a las demás empresas, ya que está apoderado para actuar en nombre de la UTE.

Es cierta la existencia de un gerente propio de la UTE, así lo exige la citada norma y también la normativa de contratos del sector público, pero ello no convalida la propia naturaleza de las UTEs, pues tal y como establece el artículo 7.2 de la citada norma: “La Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia”. Tal y como recoge la jurisprudencia, esta figura “no es algo que pueda encarnar, frente a la Administración contratante, y al margen de las personas de sus componentes, un separado centro subjetivo de imputación de derechos y obligaciones.” (STS 3416/2001).

Por lo tanto, una cosa es que en defensa de los derechos de la UTE pueda y deba actuar el gerente (la Jurisprudencia ha admitido que en el caso de las Uniones Temporales de Empresas cualquier representante de sus miembros puede actuar en beneficio de los demás), y otra muy distinta es que, las partes, a las que se les debe notificar la decisión de incoar el procedimiento de resolución, han de ser todas las empresas que integran la UTE, precisamente por no tener tal personalidad jurídica propia, la notificación para defensa de los intereses debe ser a todos ellos. Y esto máxime cuando además nos encontramos ante un procedimiento que pretende la resolución del contrato administrativo, que es la causa principal por la que las uniones temporales de empresas se extinguen, de prosperar sería la causa de extinción de esta UTE.

Por lo tanto, no se trata de derecho de defensa, sino de la exigencia legal de notificar a todos los integrantes de una entidad cuando no tiene personalidad jurídica propia, es decir, la obligación de comunicar a todas las partes interesadas, afectadas o responsables en el procedimiento».

21. Mediante burofax de fecha 27 de febrero de 2020, la compañía aseguradora (...) presenta nuevo escrito de alegaciones, que dice textualmente:

«PRIMERA.- En primer lugar, esta parte procede a rechazar los hechos expuestos y narrados en la documental remitida a esta parte, salvo en aquello que se reconozca de forma expresa por esta parte.

SEGUNDA.- En segundo lugar, esta parte deja constancia que el trámite que ahora se otorga a las partes interesadas no resulta conforme a derecho por cuanto el

mismo no encuentra cobertura legal alguna ni la Ley de Procedimiento Administrativo lo establece en ningún precepto.

Así el artículo 82 de la Ley 39/2015 establece claramente el deber de la Administración de otorgar trámite de alegaciones y posteriormente (una vez evacuados los dictámenes e informes correspondientes) deberá procederse a dictar resolución administrativa contra la que cabrá la interposición de recurso de reposición, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 87 y siguientes de la Ley 39/2015.

Por tanto, no se está cumpliendo con el procedimiento administrativo legalmente establecido y se incurre en causa de nulidad conforme a lo establecido en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015.

TERCERA.- En tercer lugar, esta parte deja constancia que la resolución dictada no hace pronunciamiento sobre la totalidad de alegaciones interpuestas por esta parte y ello conlleva la infracción del Ordenamiento Jurídico y que se incurra en una cuestión de anulabilidad conforme a lo establecido en el artículo 48 de la LPACAP. Como puede fácilmente comprobarse, por esta parte, se alegó que la adjudicación del contrato cuya resolución ahora se acuerda fue otorgada a la U.T.E. (...) que consta constituida por las entidades que a continuación se detallan:

- (...)

- (...)

Por tanto, la Administración debería haber procedido a la reclamación de las entidades que conforman la U.T.E. y que responderán de forma solidaria. Dado que no se ha procedido conforme a lo meritado por esta parte, se incumple el procedimiento de reclamación y resolución del contrato y ello conllevaría la nulidad del procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 39/2015.

La cuestión es básica e incluso fundamental y sin embargo nada se ha resuelto al respecto. Es más, a día de la fecha no consta requerimiento alguno a la entidad (...). Así mismo esta parte se ratifica en el resto de alegaciones formuladas dado que nada se ha resuelto al respecto.

Por otra parte, no es cierta la afirmación de la Administración en cuanto a la extemporaneidad de la interposición de nuestras alegaciones. La interposición de alegaciones se hizo dentro del plazo establecido y la emisión e interposición de informe se hizo a la urgencia posible y dentro de los márgenes y duración que

conlleve una emisión de este tipo. Por otra parte, la Administración no estableció plazo alguno.

CUARTA.- En cuarto lugar, es necesario alegar que esta parte solicitó como prueba en fase administrativa la remisión de documentación consistente en listado de facturas/certificaciones así como justificantes de la fecha de pago de las mismas.

Sin embargo, ninguna remisión se ha efectuado y de hecho únicamente se hace alusión a las mismas y se afirma que se han abonado las facturas pero no se acredita documentalmente nada al respecto ni se ha remitido dicha acreditación a esta parte.

Ello conlleva que se genere indefensión a esta parte y la consecuencia de ello es que se incurra en una nueva cuestión de nulidad procedimental conforme a lo establecido en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015.

QUINTA.- En quinto lugar, esta parte deja constancia que la Administración a la que tengo el honor de dirigirme simplemente ratifica su informe de auditoría y desestima nuestras alegaciones, pero en ningún momento aporta argumentos que desvirtúen lo manifestado por nuestro técnico. Ante ello esta parte se reafirma en lo manifestado por el técnico dejando constancia de la improcedencia del acuerdo de resolución, de la inexistencia de motivo para que se resuelva el contrato y de la ausencia de responsabilidad de la entidad contratista.

Reiteramos de forma expresa que no procede la aplicación de supuestas incidencias (no acreditadas) y tramitadas en procedimientos caducados por cuanto la propia caducidad conlleva la ausencia de efectos de las mismas y la ausencia de efectos de los respectivos procedimientos. Así mismo, manifestamos de forma expresa la irregularidad de los expedientes tramitados por la Administración y la ausencia de correlación de informes y fotografías del informe de auditoría que no se corresponden con el informe y donde no consta firma o acreditación de fecha alguna por lo que no pueden acreditar nada al respecto».

22. La Propuesta de Resolución desestima las alegaciones presentadas tanto por la UTE (...) como las presentadas por la aseguradora (...), considera acreditados los incumplimientos de las obligaciones esenciales del contrato recogidos en el informe del director facultativo y responsable supervisor del contrato, reflejados en la auditoría realizada en relación con el «Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán», por lo que entiende que

concorre la causa prevista en el art. 223.1 f) del TRLCSP, esto es, «*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*», para resolverlo.

También requiere al contratista al objeto de que proceda a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público.

Propone finalmente la incautación de la garantía, en los términos recogidos en el art. 225.3 TRLCSP, para hacer efectiva la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

III

1. Antes de entrar en el fondo del asunto hemos de abordar si se han producido irregularidades formales en la tramitación del presente procedimiento, que, por producirles indefensión, en opinión de los interesados lo vician de nulidad.

Hemos de partir de la premisa de que, como hemos reiterado en distintas ocasiones (ver por todos los recientes Dictámenes 202/2019, de 23 de mayo; 158/2019, de 29 de abril, y 454/2019, de 5 de diciembre), en palabras del Tribunal Supremo, «*(...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite.*

De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses (STS de 11 de noviembre de 2003)».

2. Aducen, por una parte, que no han tenido acceso a toda la documentación.

En el presente caso, del análisis de la copiosa documentación contenida en el expediente que acompaña la solicitud del parecer de este Consejo se constata que los interesados, contratista y avalistas, han tenido acceso a la totalidad de dicha documentación a través de distintos trámites de alegaciones y audiencia, sin que haya constancia de que haya habido algún documento que no hayan podido obtener.

3. En cuanto a la segunda de la irregularidades denunciadas, esto es, que a las empresas que constituyen la UTE no se le han tenido como partes en el procedimiento, ya en la Propuesta de Resolución se hace alusión a la STS de 26 de

marzo de 1999, cuyo Fundamento segundo zanja la cuestión afirmando que: «Lo cierto es que el artículo 8, letra d) de la Ley 18/1982, después de haber establecido que la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica (artículo 7.2), añade que existirá un Gerente único de la Unión Temporal, con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes, así como que las actuaciones de la Unión Temporal se realizarán precisamente a través del Gerente, nombrado al efecto, haciéndolo éste constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la Unión. Luego la ley atribuye al Gerente facultades para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes, en nombre de la Unión (que es como ha actuado la Gerencia de la Unión Temporal de Empresas parte en el presente litigio), con lo que dota a ésta de capacidad procesal para la defensa de sus derechos, criterio que ya se encontraba expuesto en la Sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990\900), acertadamente citada por la sentencia impugnada. El motivo de la apelación debe ser desestimado».

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, como se dijo, la Propuesta de Resolución acuerda resolver el contrato que nos ocupa por incumplimiento imputable al contratista, por las causas y en los términos señalados en la misma.

A lo largo del expediente queda acreditado, a través de la documentación obrante, constituida por la auditoria solicitada a (...), adjudicatario del contrato del «servicio de consultor técnico en apoyo del área de servicios públicos del Ilustre Ayuntamiento de Mogán», de la ejecución del contrato que se pretende resolver, y por los informes del director facultativo y responsable supervisor de los trabajos objeto del contrato, y del Secretario de la Corporación, el incumplimiento defectuoso por parte del contratista de sus obligaciones, que se concreta en no aportar al servicio un vehículo baldeadora nuevo, que responda a los requerimientos establecidos en los Pliegos, en el incumplimiento de la campaña de sensibilización ofertada como mejora por el contratista, en el incumplimiento de la campaña sensibilización exigida en los pliegos y en el incumplimiento íntegro de la oferta quitachicles realizada por el contratista.

Como consecuencia de la auditoría, que concluye que el grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Contratista es bastante bajo, especialmente de aquellas derivadas de su proposición y que sirvieron de base para

la adjudicación del Contrato, que se ha constatado el incumplimiento generalizado de múltiples obligaciones, varias de las cuales podrían constituir obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en el pliego y en el Contrato formalizado, se le realizan varios requerimientos a la adjudicataria:

1. Se solicita a la adjudicataria la elaboración de una relación de medios de reserva a los efectos de garantizar la prestación de los servicios, como recoge el apartado 44 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

2. Se requiere a la adjudicataria que presente la documentación que acredite que tiene implantado el sistema de gestión ambiental al que se refiere el apartado 50 del PPTP.

3. Se le concede un plazo de 90 días para presentar el Plan de Gestión del Servicio a que se refiere el apartado 8 del PPTP correspondiente al año 2019.

4. Se requiere a la adjudicataria para que aclare expresamente quien asume los costes referidos en su propuesta de adscripción del vehículo baldeadora, realizado el 28 de febrero de 2018.

5. Se le concede un plazo de 15 días naturales para que aporte toda aquella documentación que justifique las cantidades económicas destinadas a las campañas de sensibilización realizadas desde el inicio del contrato y para que presente un proyecto de campaña de sensibilización para los años sucesivos, que requerirá expresa aprobación por la dirección facultativa del servicio.

6. Se le concede un plazo de 15 días naturales para que aporte toda aquella documentación que acredite que la prestación del servicio se está realizando tal y como se comprometió la adjudicataria en su oferta económica; la documentación debe ir acompañada de las inversiones realizadas, con las justificaciones oportunas, con el fin de acreditar el importe anual del servicio de 203.259,15 euros.

7. Se le requiere para que presente el Recibo de Liquidación de Cotizaciones (RLC), desde enero del año 2016 hasta el momento presente, con el correspondiente justificante de ingreso de la entidad financiera.

Pese a tales requerimientos, que no son atendidos, según los informes técnicos se siguen produciendo los incumplimientos detectados a fecha de la redacción de la Propuesta de Resolución, mientras que la concesionaria en sus alegaciones considera que no son tales.

2. Los presuntos incumplimientos se fundamentan en lo siguiente:

- Baldeadora con capacidad de depósito de agua \geq de 5 m³ como uno de los medios adscritos al servicio.

Según consta en los antecedentes, se adscribe al Servicio el día 12 de enero de 2015 el vehículo (...) con matrícula (...) y fecha de matriculación de 26 de enero de 2006; por lo que no es de nueva adquisición.

Tras la última conversación verbal mantenida con la Concesionaria del Servicio el día 28 de julio de 2016, manifiesta que se ha realizado el encargo de dicho vehículo al fabricante, por lo que se está a la espera de los plazos de montaje del chasis, la carrocería y posteriormente envió desde la península ibérica, vehículo que nunca se adscribió al servicio.

- Mejor oferta económica en campaña de eliminación de chicles.

La Contratista se comprometió a destinar un gasto en campaña de eliminación de chicles por un importe anual de 203.259,15 € (precio, sin IGIC).

Dicha oferta económica se acompañó del Proyecto de Campaña de Eliminación de Chicles, en el que se desarrollan los medios humanos y materiales que se adscribirán a este servicio, y que consisten en 3 equipos que trabajarían en turno de tarde en horario de 14:00 a 20:40 6 días a la semana, haciendo un total de 298 jornadas anuales. Estos equipos están constituidos por los siguientes medios:

- Furgón dotado de equipo limpiachicles e hidrolimpiadora de agua caliente.
- 1 peón especialista + 1 peón.

La inspección de los equipos destinados por la Contratista a este fin ha permitido determinar que ésta dispone de dos equipos de trabajo formados por furgón equipados con equipo hidrolimpiador de alta presión de agua fría marca (...) que se alimenta desde depósito de agua de 1000 litros de capacidad. Los vehículos destinados a tal fin poseen las matrículas (...) y (...).

No existe en el servicio quitachicles ni un solo medio material que cumpla con las características ofertadas. La concesionaria ha aportado al servicio dos simples furgones con una moto-bomba de presión de agua fría y un depósito plástico de 1.000 litros de capacidad.

En cuanto a los medios humanos, a pesar de la escasa documentación aportada, y una vez revisado uno por uno todos los partes de trabajo presentados, se constata que diariamente se utilizan un mínimo de dos personas pertenecientes al servicio de

limpieza, por lo que se comprueba que sólo tienen 4 operarios contratados para la eliminación de chicles y no 6, que son los ofertados.

También en el requerimiento, además de las nóminas, se les exige la presentación de las facturas correspondientes a lo ofertado, ya que, en dicha oferta los servicios fueron cuantificados por un valor de doscientos tres mil doscientos cincuenta y nueve con quince céntimos (203.259,15 €) anuales. De esto último la empresa no ha aportado nada.

- Campaña de sensibilización.

La prescripción 51 establece la obligación de la Contratista a contemplar en su Proyecto Económico un gasto fijo de 5.000 € anuales destinado a campañas de sensibilización. Estas campañas se diseñarán en coordinación con la Dirección Facultativa del Servicio, no pudiendo realizarse en tanto en cuanto no cuente con su aprobación, y se acometerán cada dos años y durante la vigencia del Contrato, justificándose el gasto mediante la presentación de las correspondientes facturas.

A este respecto, en la documentación consultada consta la realización de una campaña de sensibilización en el año 2016, que debería cubrir las cantidades destinadas a tal fin en los años 2015 y 2016 si bien no constan en dicha documentación las facturas justificativas de las cantidades invertidas.

Asimismo, tampoco consta en la documentación consultada la realización de actuaciones durante los años 2017 y 2018.

- Mejor oferta económica en campaña sensibilización

La Adjudicataria se comprometió en su oferta a destinar un gasto en campaña sensibilización, por un importe anual de 79.114,10 € (precio, sin IGIC). Atendiendo a lo establecido en la cláusula 10.3 del PCAP, la cantidad ofertada no tendrá relación alguna con el gasto de 5.000 € a incluir por los licitadores en el Proyecto Económico de su proposición, pudiendo materializarse el gasto total ofertado cada dos años.

No consta su realización.

3. La causa de resolución del contrato es la prevista en la letra f) del art. 223.1 TRLCSP: El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

Para calificar la obligación principal del contrato se ha de acudir a la Cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas donde dice: «*Es objeto del presente contrato la gestión indirecta del servicio público de Limpieza Viaria en el término*

municipal de Mogán, que adoptará la modalidad de concesión administrativa, debiendo asegurarse que dicha prestación se realice de la forma más eficaz, asegurando las debidas garantías de calidad, eficacia, continuidad y respeto al medioambiente, la utilización racional de los recursos disponibles y una óptima consecución de resultados en la ejecución del servicio público», que prosigue: «La ejecución del objeto del contrato deberá ajustarse a lo exigido específicamente en el presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) así como en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante, PPTP) teniendo todos ellos carácter contractual».

Por su parte, el Pliego de Cláusulas Administrativas en su cláusula 22.1 expone:

«(...)

Además de las obligaciones generales derivadas del régimen jurídico del presente contrato, y de las establecidas en el P.P.T.P. son obligaciones específicas del contratista las siguientes:

Ejecutar el contrato de conformidad con lo dispuesto en el P.P.T.P, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como en la oferta presentada por el adjudicatario. (...)».

A su vez, el contrato formalizado entre ambas partes el 10 de junio de 2014 en su cláusula octava expone textualmente: «Serán causas de resolución de contrato las previstas en la cláusula 31 del pliego de cláusulas administrativas que lo rige». La mencionada cláusula 31 del Pliego de Cláusulas Administrativas expone literalmente: «El incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones recogidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, así como en el contrato formalizado entre las partes, será causa de resolución del contrato de gestión de limpieza viaria».

Por su parte, el Pliego de Cláusulas Administrativas en su apartado 25.1 preceptúa: «En el caso de que el contratista realice 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 penalidad económica proporcional a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato».

En aplicación de ese precepto, se impusieron a la contrata determinadas penalidades referidas en los antecedentes, lo que, junto con los requerimientos

realizados, evidencia la voluntad de la Administración de reconducir la ejecución del contrato. Solo una vez que la Administración acredita que el contratista no tiene voluntad de cumplir el contrato en los términos pactados opta por la resolución del contrato.

De esa manera se respeta el principio de proporcionalidad, que, como expone la Propuesta de Resolución, está recogido en nuestro Dictamen 417/2018, en los siguientes términos: «(...) 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 (...)».

4. Este Consejo coincide en que las alegaciones de la empresa adjudicataria no refutan los incumplimientos, que básicamente se fundan en que no son obligaciones esenciales las que se han incumplido.

En cuanto al carácter esencial de los incumplimientos, ha de traerse a colación los recientes dictámenes 457/2019 y 374/2019 de este Consejo Consultivo, en los que, con cita de otros anteriores, se apunta:

«(...) es preciso señalar que una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato, tal y como se afirma en el Dictamen 212/2014 del Consejo Consultivo de Madrid, al igual que este Consejo Consultivo de Canarias ha señalado, al decir en su Dictamen 243/2019, de 20 de junio, lo siguiente:

(...) Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de “denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato. Así resulta, como transcribe la Propuesta de Resolución, que “Por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato”».

(...)

Una obligación no deviene esencial por ser calificada como tal en el pliego y en el contrato, sino que esta debe serlo ab initio, esto es, debe estar vinculada al objeto del contrato y elementos de un contrato en particular, de manera que constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes (Dictamen del Consejo de Estado n.º 3428/1999, de 18 de mayo de 2000).

La Junta Consultiva de Contratación del Estado ha adoptado una postura formalista (informe 63/2011): *«La tipología de cláusula contractual que cualifica el incumplimiento de cualquier obligación como causa de resolución potestativa por parte de la Administración Pública no es admisible, debiendo el órgano de contratación hacer un uso moderado de la disposición legal recogida en el art. 223 letra h) del TRLCSP, de manera que en el pliego y en el contrato deberá hacerse una enumeración precisa, clara e inequívoca de las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento lleve aparejada la sanción de la resolución potestativa y, además, deberá asegurarse de que las obligaciones que se enuncian sin ser esenciales son suficientemente relevantes, de acuerdo con la realidad del contrato, como para justificar la posible resolución del contrato, esto es, no son obligaciones sin trascendencia o nimias»*.

No obstante, el Consejo de Estado (dictamen 602/2013, de 26 de junio o 352/2015, de 29-04-2015) y los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas han primado la esencialidad de la obligación frente al aspecto puramente formal (Dictamen 24/2015, de 28 de diciembre del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha; 35/2014 del Consejo Consultivo de Andalucía o 183/15; 217/15 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y Dictamen 243/2019 del Consejo Consultivo de Canarias).

En este sentido, cabe citar un extracto del Dictamen 24/2015 del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha:

«(...) De las causas de resolución, como prerrogativa de la Administración, recogidas en el TRLCSP, debe fijarse la atención en las previstas en el artículo 223, cuyo apartado f) establece como tal “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales por los pliegos o en el contrato”, y en el apartado h) que se refiere a “Las establecidas expresamente en el contrato”.

Al respecto ha de señalarse que, tanto en el ámbito de la contratación civil como de la administrativa, la jurisprudencia ha advertido que no todo incumplimiento contractual podría dar lugar al derecho de la otra parte a resolver el contrato, distinguiéndose por la jurisprudencia aquellos incumplimientos generadores de la posibilidad de ejercicio del derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no lo conllevan, aun cuando puedan posibilitar la exigencia de indemnización por daños y perjuicios. Tal doctrina es perfectamente aplicable en el ámbito administrativo, de forma que sólo los incumplimientos de obligaciones contractuales esenciales pueden ser generadores del legítimo ejercicio de la potestad de resolución de dichos contratos y ello, como ya hemos señalado, cuando sea esta opción la que más conviene al interés público en liza.

Para la determinación de la trascendencia de los diversos incumplimientos que se produzcan, el Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente (sentencias de 16 de octubre de 1984, Ar. 5655, de 9 de octubre de 1987, Ar. 8324, de 23 de noviembre de 1988, Ar. 9199, entre muchas otras) que ha de prestarse en cada caso atención a las circunstancias concurrentes, con el fin de dilucidar si se está ante un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos o, por el contrario, más bien ante un mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad y, en definitiva, de un efectivo incumplimiento de la esencia de una obligación.

Por lo tanto, en este ámbito no toda irregularidad puede conllevar la habilitación a la Administración Pública para que ejercite su potestad resolutoria, sino sólo aquellos supuestos en los que el servicio deja de prestarse o se presta en condiciones tales que se lesiona el interés público que se pretende satisfacer.

Asimismo, para que proceda la resolución debe añadirse un último requisito que viene siendo exigido por la doctrina jurisprudencial (STS 14 de junio de 2002, RJ 2002,8053; 14 de diciembre de 2001, RJ 2002,1433; 1 de octubre de 1999, RJ 2000,1393) y por la propia doctrina de este Consejo (dictámenes 229/2007 de 5 de diciembre y 120/2008, de 11 de junio) y es que, para que quede legitimada tan drástica consecuencia, el incumplimiento ha de ser relevante, en el sentido de que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación. (...).

Además de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la causa de resolución tipificada en el artículo 223.f) tiene su precedente en el artículo 111.g) del Texto

Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que también tipificaba como causa de resolución “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”, pero sin exigir, como hace la norma actual, que en el pliego o en el contrato se hayan calificado como tales. Es de reseñar que aunque sea conveniente que en los propios pliegos o contratos se contenga una calificación de sus cláusulas, puesto que son los instrumentos en los que las partes determinan aquello a lo que se obligan, esta nueva exigencia, introducida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, no debe interpretarse en el sentido de que de no hacerse así resulte imposible resolver un contrato por el incumplimiento de sus cláusulas esenciales, puesto que lo realmente determinante es su carácter o no como tales. De lo contrario, en casos como el presente en los que no se determina expresamente qué obligaciones son esenciales, habría que extraer la consecuencia de que no cabría en ningún caso la resolución por este motivo, lo cual sería absurdo».

5. En el presente caso, los incumplimientos, que están debidamente justificados a lo largo del expediente, se pueden reputar en su conjunto esenciales, en cuanto está acreditado, a través de la auditoría y de los informes técnicos, que tienen vinculación con el objeto del contrato lo que ha motivado una prestación deficiente del servicio, poniendo en peligro los fines que la Administración tiene que cumplir con los usuarios del servicio público de limpieza viaria.

Pero, a mayor abundamiento, como se advirtió con anterioridad, el Pliego de Cláusulas Administrativas en su cláusula 22.1 expone:

«(...)

Además de las obligaciones generales derivadas del régimen jurídico del presente contrato, y de las establecidas en el P.P.T.P. son obligaciones específicas del contratista las siguientes:

Ejecutar el contrato de conformidad con lo dispuesto en el P.P.T.P, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como en la oferta presentada por el adjudicatario. (...)».

Y, a su vez, el contrato suscrito entre las partes, en su cláusula octava, expone textualmente: «Serán causas de resolución de contrato las previstas en la cláusula 31 del pliego de cláusulas administrativas que lo rige». La mencionada cláusula 31 del

Pliego de Cláusulas Administrativas advierte: «*El incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones recogidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, así como en el contrato formalizado entre las partes, será causa de resolución del contrato de gestión de limpieza viaria*», por lo que hay que concluir que concurre causa de resolución por incumplimiento del contratista.

6. Los efectos del contrato se rigen por el art. 225 del TRLCSP, que prevé que, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, añadiendo que 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. En el apartado 4 del mismo artículo se establece que en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Y así lo hace la Propuesta de Resolución que dispone la incautación de la garantía definitiva constituida, 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*», lo que es correcto.

7. En definitiva, la resolución del contrato se basa en la acreditación del incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista, al no ejecutar la prestación del servicio en los términos pactados en el contrato junto con sus Pliegos de Condiciones Administrativas y de Prescripciones Técnicas, por lo que nos encontramos en presencia de un incumplimiento culpable del contratista.

Asimismo, procede la incautación de la garantía para responder de la eventual indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 225.3 y 4 TRLCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista, debiendo tramitarse en pieza separada la determinación de los daños y perjuicios, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 RGLCAP.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, que resuelve el «*Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán*»,

adjudicado a la UTE (...), por incumplimiento culpable del contratista e incauta la garantía definitiva con la que responder por dicho incumplimiento, se considera ajustada a Derecho.