Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 7 3 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 28 de septiembre de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente Accidental del Ayuntamiento de Mogán en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de «Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán», adjudicado el 29 de abril de 2014 a las entidades (...) y (...), comprometidas a constituirse en Unión Temporal de Empresas, hoy denominada «UTE (...)» (EXP. 310/2023 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. 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. 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, que se inició, según la propia Propuesta de Resolución, el pasado día 3 de marzo de 2023, de acuerdo con la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, cuya disposición adicional sexagésima segunda, titulada *«Procedimientos de resolución contractual en materia de contratación pública»*, establece que los procedimientos de resolución contractual que se tramiten en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, incluidas sus entidades locales, y estén incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación estatal de contratos del sector público, deberán ser instruidos, resueltos y notificados, en tal plazo máximo. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009).

Este plazo es aplicable porque, como se ha indicado, la Comunidad Autónoma de Canarias ha aprobado una norma legal en tal sentido, que entró en vigor el 1 de enero de 2023, tras haber sido declarado contrario al orden constitucional de competencias por el Tribunal Constitucional en Sentencia n.º 68/2021, de 18 de marzo, el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP, solo en cuanto a su aplicación a las Comunidades Autónomas, entidades locales y entes dependientes de todos ellos.

Por tanto, no habiendo transcurrido el plazo para resolver el procedimiento de resolución contractual, no ha caducado el procedimiento, circunstancia que se producirá, en su caso, el 3 de noviembre de 2023.

4. Este Consejo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este asunto -sin entrar en el fondo de la cuestión- en los Dictámenes 414/2015**,** de 13 de noviembre, y 465/2015, de 17 de diciembre, pero por causas distintas a las actuales.

También sobre el fondo del asunto se pronunció en los Dictámenes 106/2020, de 14 de mayo, y 521/2021, de 4 de noviembre, en los que se consideró conforme a Derecho la Propuesta de Resolución que resolvía el citado contrato, por incumplimiento culpable de la contratista, por las mismas causas por las que se pretende resolver el contrato en este nuevo procedimiento.

Sin embargo, pese a que por la Junta de Gobierno Local, el 19 de mayo de 2020, se acuerda « *(...) RESOLVER el 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, "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato". (...)* », dicho acuerdo fue recurrido, primero en reposición y, posteriormente, en vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

Así, recurrido tal acuerdo de resolución contractual y el acuerdo desestimatorio del recurso de reposición contra él interpuesto, por sentencia -firme- de fecha 16 de diciembre de 2020, dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria, recaída en el Procedimiento Ordinario n.º 227/2020, se accede al allanamiento del Ayuntamiento (producido antes de la contestación a la demanda, basado fundamentalmente -según el propio Ayuntamiento- en que faltaba en el procedimiento de resolución contractual el informe de la Intervención General por lo que era previsible un resultado desfavorable en sede judicial, además de -según también el propio Ayuntamiento- existir dudas sobre la caducidad del procedimiento) y se estima el recurso interpuesto por la aseguradora de la contratista, declarando la nulidad del acto impugnado y dejando, por consiguiente, sin efecto la incautación de la garantía acordada. Todo ello sin condena en costas para la Administración.

Idéntica circunstancia se produce en la sentencia de 5 de enero de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria, recaída en el Procedimiento Ordinario n.º 218/2020, ante el recurso interpuesto por la UTE contratista y las empresas que forman parte de esta, en la que igualmente se accede al allanamiento del Ayuntamiento por idénticos motivos. Ambos procedimientos estaban en trámite de acumulación procesal, pero ante el allanamiento municipal, concluyeron antes de resolverse sobre este extremo.

Vuelto a instruir y resolver nuevo procedimiento de resolución contractual, contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Mogán, de fecha 11 de noviembre de 2021, se vuelve a interponer recurso contencioso-administrativo, Procedimiento Ordinario n.º 24/2022, que el 14 de noviembre de 2022 se resuelve mediante sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Las Palmas de Gran

Canaria, de conformidad con las pretensiones del demandante, con condena en costas para la Administración, siendo el tenor literal del fallo de la misma el siguiente:

«Se accede al allanamiento del demandado y, en consecuencia, se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador (...), en nombre y representación de la UTE (...) y (...) y por la Procuradora (...), en nombre y representación de la entidad (...), declarando la nulidad de los actos administrativos identificados en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, con condena en costas a la Administración».

Sin embargo, ninguna de esas sentencias entra en el fondo del asunto, por lo que no producen efectos de cosa juzgada.

5. 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

1. Como se dijo, en el DCCC 106/2020 y en el 521/2021 se entró en el fondo de la cuestión planteada, señalándose en el Fundamento IV.7 del primero de los mencionados que *«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».

Los antecedentes de aquellos procedimientos están detallados en los referidos Dictámenes y a ellos nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

2. No obstante, la Administración local, pese a la nulidad judicial de su resolución contractual anterior, considera que se siguen incumpliendo las condiciones establecidas en los pliegos para la prestación del servicio, motivo por el que se considera que se debe iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual.

3. Así, a la vista de que los incumplimientos se han seguido produciendo, el Pleno Municipal, en sesión Ordinaria celebrada el día 3 de marzo de 2023, adoptó, entre otros, el siguiente acuerdo:

«PRIMERO.- 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.: 10-GSP-02, 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.

SEGUNDO.- Otorgar trámite de audiencia al concesionario (de modo individual a la U.T.E. y a cada una de las empresas que la conforman), a los avalistas y a los aseguradores del contrato, por plazo de diez días naturales, a contar a partir del día siguiente al de la notificación del presente acuerdo, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

TERCERO.- Tomar conocimiento de que, en caso de que el contratista formule oposición a la resolución del contrato, deberá requerirse el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

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.- Notificar el acuerdo adoptado a todas las partes interesadas, al Servicio de Contratación y a (...), Coordinador del Área de Servicios Centrales, a los efectos oportunos».

4. Notificada la resolución plenaria a todas las partes implicadas, se han recibido los siguientes escritos de alegaciones:

1.°- El día 15 de marzo de 2023, se recibe escrito de alegaciones presentado por la representación de (...)

2.°- El día 16 de marzo de 2023, se recibe escrito de alegaciones presentado por la representación de (...)

3.°- El día 17 de marzo de 2023, se recibe escrito de alegaciones presentado por la representación de UTE (...), constituida por (...) y (...)

4.°- El día 21 de marzo de 2023, se recibe escrito de alegaciones presentado por la representación de (...)

5. Con fecha 16 marzo se emite autorización por parte del Concejal Delegado del área, para realizar la prueba pericial solicitada por (...), donde se le concede un

plazo de diez naturales, una vez realizada la prueba, para emitir informe al respecto.

6. Con fecha 16 de marzo de 2023, la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ilustre Ayuntamiento de Mogán, emite Decreto 1274/2023, resolviendo lo siguiente:

«Primero.- Suspender el plazo máximo para resolver el presente procedimiento durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de la prueba pericial al expediente en virtud de la preceptuado por el artículo 22 de la Ley 3912015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas .

Segundo.- Se dé cuenta de la presente resolución en el próximo Pleno para su ratificación si procede.

Tercero.- Notificar a los interesados la resolución que se adopte».

7. El Pleno Municipal, en sesión Ordinaria celebrada el día 29 de marzo de 2023, ratifica «la Resolución 202311274 de fecha 16 de marzo de 2023, adoptada por la Alcaldesa-Presidenta».

8. Con fecha 4 de abril de 2023 se recibe escrito de la representación de (...) donde en su apartado segundo literalmente recoge:

«SEGUNDO.- Con respecto a la misma, esta parte deja constancia que la Administración no ha fijado plazo de entrega para el Dictamen que en su caso se emita por el técnico correspondiente. Por tanto y atendiendo a la volumen y dificultad de la Documentación a revisar y analizar, esta parte solicita se acuerde dictar acto administrativo en la que se acuerde establecer el periodo para la práctica de la prueba en el máximo establecido (Treinta días). Así se establece de hecho en el artículo 77 de la Ley 3912015 de Procedimiento Administrativo Común. Por ello, esta parte solicita se dicte acto administrativo en el que se acuerde la concesión del plazo máximo para dictar y emitir informe a los efectos oportunos».

9. Con fecha 4 de abril de 2023, el funcionario adscrito de Área de Medio ambiente, Servicios Públicos, Obras Públicas y Embellecimiento, en repuesta a la solicitud anteriormente referenciada, emite escrito exponiendo, en síntesis, lo siguiente:

«Primero.- Como se recoge en el escrito presentado, esta Administración autorizó a la aseguradora para realizar la prueba pericial el día 24 de marzo de 2023 y a petición del Perito encargado de la misma, la visita se retrasó hasta el jueves 30 de marzo de 2023. En dicha autorización se le concedían, en contra de lo remitido en el presente escrito, un plazo de diez días naturales a partir de la realización de la prueba. Esta Administración entiende que los días concedidos debieron ser hábiles. No obstante, para garantizar su derecho de

defensa se le concede una ampliación adicional de diez días. Por lo tanto, la aseguradora dispone de 20 días, a partir de la realización de la prueba, para la presentación de la documentación que estime conveniente, siendo la fecha límite para la entrega de dicha documentación el día 2 de mayo de 2023.

Segundo.- Esta Administración ha puesto a disposición de todos los interesados en sede electrónica todo el expediente, no obstante lo anterior y para garantizar su derecho de defensa, se le envía a las 13:20 horas del día 05-04 de 2023 con registro de salida 202313849 un oficio con el listado CSV a través del Portal Administración Electrónica (PAE) - Aplicación Intercambio ficheros (Almacén).

Puede acceder al contenido de los ficheros accediendo a https:11oat.mogan.es:84481ventanilla1validacionDoc1index.jsp e introduciendo el CSV de cada documento que quiera consultar».

10. El día 19 de abril de 2023 se recibe escrito sobre los resultados de la prueba pericial solicitada por (...) (antes (...)) por parte del perito, que se incorpora al expediente y en sus conclusiones expone:

«En todo caso, se establecen las siguientes conclusiones:

1. UTE (...) tenía como finalidad primordial "conseguir la mejor prestación del Servicio de Limpieza Viaria" con el objetivo de asegurar "el funcionamiento continuo y eficaz de los recursos dispuestos, 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 Técnicas Particulares). No existe reclamada deficiencia concreta, ni el lugar donde se constató, y tampoco se describe "qué se omitió, o que acción no se llevó a cabo".

2. El Servicio Municipal de Inspección previsto en el Pliego de Condiciones 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 que los técnicos del Ayuntamiento hayan descrito incumplimiento de prestación.

3. El informe preliminar emitido en su día por el Sr. (...) calificó como aceptable la calidad del servicio prestado, y solo señalaba observaciones a aspectos puntuales de los equipos y maquinaria puestos en servicio. Sin embargo, posteriormente amplió con otro documento que denomina "final", siendo un 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 de la fase preliminar, no se pusiera a disposición de este perito con anterioridad a la visita realizada en el año 2019. Posteriormente la reclamación sustentada, no fue considerada por el Juzgado Contencioso Administrativo tras el allanamiento mostrado por el Ayuntamiento.

4. Las imágenes a las que se refiere 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 de subsanación puede ser una vez al día para 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 Técnicas Particulares). En aquel entonces no hubo verificación posterior del Sr. (...), olvidando el protocolo de plazos a seguir, que obligaba al adjudicatario según condiciones del contrato y en función de las prescripciones técnicas particulares previstas.

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 calificaba como aceptables.

6. Por ello, este perito estima que tampoco existen causas objetivas que justifiquen la decisión de incautar la garantía prestada por (...) para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la adjudicataria.

El presente informe consta de treinta y una páginas, y un anexo».

11. Con fecha 19 de abril de 2023, el Interventor del Ayuntamiento de Mogán emite, informe concluyendo, literalmente, lo siguiente:

«La función de control interno tiene como único objetivo verificar que los acuerdos con contenido económico y los trámites para su adopción se ajustan a derecho. Estos informes internos no aportan información nueva, ni valor al expediente. De hecho, la intervención municipal no puede participar activamente en la tramitación de ningún expediente que vaya a ser fiscalizado por ella, ya que, de hacerlo, quedaría mermada la "plena independencia" en el ejercicio de sus funciones, puesto que se convertiría en "juez y parte". La emisión de informe de intervención debe realizarse cuando el expediente este completo y en disposición de dictarse el acuerdo, y no a falta de trámites o informes.

Por todo lo anterior, no cabe desempeñar las funciones de intervención y fiscalización de este expediente en este momento procedimental, sino que se realizará en el momento fijado por el artículo 10.1 del Real Decreto 42412017».

12. Con fecha 20 de abril de 2023 se emite decreto n.º 1951/2023, por la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán, que en su parte resolutiva literalmente señala:

«Primero.- Levantar la suspensión del plazo máximo para resolver acordado mediante decreto de la Alcaldesa Presidenta de fecha 16 de marzo de 2023 y ratificado en pleno

ordinario de fecha 29 de marzo de 2023. A efectos de cómputo de plazos se considera levantada la suspensión del plazo máximo para resolver a partir del día 19 de abril de 2023, fecha en la que se incorpora al expediente la prueba pericial solicitada.

Segundo.- Se dé cuenta de la presente resolución en el próximo Pleno para su ratificación si procede.

Tercero.- Notificar a los interesados la resolución que se adopte».

13. Con fecha 24 de abril de 2023, el funcionario adscrito de Área de Medio ambiente, Servicios Públicos, Obras Públicas y Embellecimiento, responde a las alegaciones de las interesadas.

14. Con fecha 26 de abril de 2023, el Secretario General Accidental del Ayuntamiento de Mogán, emite informe jurídico proponiendo, en síntesis, lo siguiente:

«PRIMERO.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas por la UTE (...) compuesta por las empresas "(...)" y "(...)" en relación con el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato de "Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", Ref:: 10-GSP-02.

SEGUNDO.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas por la representación de (...), en relación con el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato de "Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", Ref:: 10-GSP-02.

TERCERO.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas la representación de (...) en relación con el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato de "Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", Ref:: 10-GSP-02.

CUARTO.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas por la representación de (...), en relación con el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato de "Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", Ref:: 10-GSP- 02.

QUINTO.- Considerar 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", Ref.: 10-GSP-02 .

SEXTO.- RESOLVER el denominado "Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", Ref.: 10-GSP-02, 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, "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato".

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- Proceder a la incautación de la garantía, en los términos recogidos en el artículo 225.3 del 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».

15. El Pleno Municipal, en sesión extraordinaria celebrada el día 2 de mayo de 2023, ratifica la Resolución 1951/2023 de fecha 24 de abril de 2023, adoptada por la Alcaldesa-Presidenta.

16. Notificada a todas las partes implicadas la propuesta referenciada, se reciben los siguientes escritos de alegaciones:

1.°- El día 5 de mayo de 2023, se recibe escrito de alegaciones de la representación de (...)

2.°- Que con fecha 9 de mayo de 2023 se recibe escrito emitido por la representación de (...) (antes (...)).

3.°- Con fecha 12 de mayo de 2023, se recibe escrito de alegaciones presentado por la representación de UTE (...), constituida por (...) y (...)

4.º- El día 15 de mayo de 2023, se recibe escrito de alegaciones presentado por la representación de (...)

17. Con fecha 11 de mayo de 2023, el funcionario adscrito de Área de Medio ambiente, Servicios Públicos, Obras Públicas y Embellecimiento, en respuesta a las alegaciones referenciadas, emite informe exponiendo, en síntesis, lo siguiente:

«RESPUESTA DE LA ADMINISTRACIÓN

Primero.- En respuesta a su escrito presentado el día 04-04-2023 por (...) solicitando ampliación de plazos para analizar toda la documentación y aportar el informe pericial esta Administración en su apartado segundo le responde:

"Segundo.- Esta Administración ha puesto a disposición de todos los interesados en sede electrónica todo el expediente, no obstante lo anterior y para garantizar su derecho de defensa, se le envía a las 13:20 horas del día 05-04 de 2023 con registro de salida 202313849 un oficio con el listado CSV a través del Portal Administración Electrónica (PAE) - Aplicación Intercambio ficheros (Almacén).

Puede acceder al contenido de los ficheros accediendo a https:11oat.mogan.es:84481ventanilla1validacionDoc1index.jsp e introduciendo el CSV de cada documento que quiera consultar."

Segundo.- En el punto cuarto de la prueba pericial realizada por la aseguradora dice:

"A este perito le fue comunicada la citación realizada por el Ayuntamiento de Mogán, compareciendo en las dependencias de la UTE (...), calle (...), a las 12:00 horas del día 30 de marzo de 2023 donde se encontraban vehículos y maquinaria vinculados al Servicio de Limpieza Viaria. Fui atendido por el Técnico del Ayuntamiento de Mogán (...), del que recibí documentación e información".

Tercero.- En el punto tercero de la citada prueba pericial se dice: 3.- FUENTES DE CONOCIMIENTO. Para la elaboración del presente informe se han utilizado los siguientes documentos:

- Expediente Administrativo facilitado por el Ayuntamiento de Mogán que se divide en varios grupos, que se describen más abajo:

. Desde fecha 27/10/2010 con 778 archivos hasta antes de la publicación de la sentencia firme del Juzgado Contencioso Administrativo

. 100 archivos todos anteriores a la sentencia de 14/11/2022

. 150 archivos que se inician en 02/06/2021, y entre los documentos se ha incluido el informe del Consejo Consultivo de Canarias del año 2021. Se ha de recordar que la sentencia firme es posterior a 2021.

. De la última época hay otros 64 documentos, siendo la gran mayoría asuntos de trámite, excepto la propuesta de rescisión.

Cuarto.- En el informe emitido por el Secretario Accidental de este Iltre. Ayuntamiento de fecha 26 de abril de 2023 desestimando sus alegaciones en el punto noveno se recoge:

NOVENO.- Visto que se han presentado alegaciones durante la tramitación del presente expediente de resolución, con carácter previo al acuerdo del órgano de contratación que resuelva el contrato, se deberá dar traslado de la propuesta de resolución al Consejo Consultivo de Canarias para que emita su preceptivo dictamen.

No obstante, para garantizar completamente el derecho de audiencia, se trasladará con carácter previo la presente propuesta a contratistas y avalista o asegurador, con la finalidad de evitar que la omisión de tal traslado pueda producirles indefensión, con la irremediable consecuencia de la nulidad de lo actuado, de acuerdo con el criterio sostenido con anterioridad por el Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 334/2019, de 25 de septiembre de 2019.

Por lo tanto, este segundo trámite de audiencia se realiza para poner en conocimiento de los interesados todas las actuaciones realizadas en virtud del Criterio del consejo Consultivo de Canarias y donde no se deben incorporar nuevas pruebas ni nuevos supuestos de hecho.

Quinto.- No obstante lo anterior, es de especial interés por parte de esta Administración tramitar el presente procedimiento con todas las garantías. Por lo tanto, esta Administración ha decidido concederle el plazo solicitado, considerando como fecha límite para que se aporte la documentación complementaria que estime conveniente el día 26 del presente mes de mayo».

18. Las interesadas presentan alegaciones, sustancialmente iguales, expresando, en síntesis, lo siguiente:

« (...)

1.1. La no aportación de una baldeadora de nueva adquisición.

(...)

Nuevamente debemos rechazar las consideraciones y valoración de los hechos que realiza el Ayuntamiento.

El Ayuntamiento actuó, desde el inicio de la ejecución del Contrato, de forma dialogada con la UTE al estimarse que la baldeadora prevista, de tracción hidráulica, no era apta para circular por la autovía y que por ello, con el pleno conocimiento y aceptación del Ayuntamiento, desde ese momento inicial su función se ha desarrollado con otra baldeadora, propiedad de la UTE, por lo que el servicio a desarrollar por la misma se ha cumplimentado sin afectar a su prestación.

Las distintas comunicaciones existentes tienen por objeto el común planteamiento de sustituir el modelo de Baldeadora, sin perjuicio que, en todo caso, no se ha afectado al cumplimiento de la obligación principal del contrato porque la función se ha realizado con otra Baldeadora. Y prueba de ello es la actuación del Ayuntamiento y el concreto contenido de las comunicaciones cursadas entre ambas partes.

Así, el requerimiento que realiza el Ayuntamiento a la UTE el 29 de abril de 2019, es decir, transcurridos cinco años desde el inicio de la ejecución del Contrato, tiene por objeto, no exigir la aportación de una Baldeadora nueva como se indica por ese Ayuntamiento, sino solicitar aclaraciones respecto de los costes para tomar una decisión para el cambio de modelo de la baldeadora. Es decir, el Ayuntamiento actúa en los mismos términos que desde el inicio del Contrato: la comunicación con la UTE para sustituir la baldeadora de nueva adquisición.

En contra de la asunción plena por el Ayuntamiento de la solución aplicada, sin actuación previa directa para exigir la aportación de la concreta baldeadora identificada en

la oferta (lo que es coherente con su criterio, compartido con la UTE, que es inadecuada) y sin observaciones de los responsables de la inspección y dirección del servicio y sin ningún otro tipo de actuación específica por este hecho, califica la no aportación de baldeadora de nueva adquisición como un incumplimiento de la obligación principal del contrato, cuando el hecho real es la existencia de una situación, aceptada por ambas partes, para el cambio de modelo, con la prestación del servicio con otra baldeadora y sin demérito de su calidad.

En conclusión: hasta la utilización de este hecho como uno de los pretendidos fundamentos de los reiterados procedimientos de resolución del contrato, el Ayuntamiento comparte con la UTE que lo procedente es el cambio del modelo de la baldeadora por ser inadecuada la incluida en la oferta y las comunicaciones mutuas tienen por objeto ese hecho; y, en todo caso, nunca se ha afectado a la prestación del servicio que se ha realizado, con el consentimiento del Ayuntamiento, con otra baldeadora.

Por todo ello, se realiza una incorrecta valoración de nuestras alegaciones iniciales en relación a este asunto. En las mismas, como se ha relatado, fijamos la real conducta municipal, en consonancia con la adjudicataria, sobre la forma de actuar ante la improcedencia de utilizar la baldeadora inicialmente prevista y establecemos que no ha existido ninguna afectación negativa en la prestación principal del contrato y concretamos el objeto real del único requerimiento efectuado, a los cinco años de iniciada la ejecución del contrato, limitado a solicitar una documentación en el ámbito de la comunicación entre las partes sobre el cambio de baldeadora.

En cuanto a la sustitución de la baldeadora, frente a lo expresado en el Informe en que se fundamenta la propuesta de resolución, cuando ha estado averiada, como consta en las contestaciones a los requerimientos de información cursados por el Ayuntamiento, se han identificado los motivos y alcance de las averías y justificado que, durante el tiempo afectado, el servicio no se ha visto mermado, ya que se ha continuado prestando con normalidad.

En los casos de inactividad de este vehículo se ha cubierto con las hidrolimpiadoras matriculas 9232 FYJ, 2126 HTX y 3254 KVD y con la barredora (...) 7000 matrícula 2887 JGL y no existe ninguna observación o actuación del Ayuntamiento y responsables del contrato expresando concretas situaciones de falta de calidad del servicio.

Por todo ello, en ningún caso, se ha afectado la calidad de la prestación de la obligación principal del contrato con causa en la avería de esta barredora porque su actividad ha sido efectivamente cubierta con otros medios.

1.2. Campaña de Sensibilización. (...)

Rechazar el relato y conclusiones que nuevamente reitera ese Ayuntamiento, por lo que a continuación se razona.

La concesionaria siempre planteó, y ello fue objeto de diálogo en distintas reuniones, que la cantidad ofertada para este concepto era para todo el período de la concesión y así se establece en el Estudio Económico aportado, en el apartado de "Valoración de mejoras", al que nos remitimos para su incorporación a este expediente.

Nuevamente esta cuestión discurrió pacíficamente, sin ninguna observación en contrario del Ayuntamiento ni actuación de tipo alguno, hasta el requerimiento de 30 de abril de 2019 para justificar las cantidades económicas destinadas a las campañas de sensibilización realizadas desde el inicio del contrato y presentación del 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.

La única actuación del Ayuntamiento fue dicho requerimiento y su posterior utilización para pretender motivar la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación principal del mismo, cuando es matera limitada a una divergencia sobre el alcance de dicha Campaña.

Frente a lo que infundadamente se establece en el Informe que fundamenta la propuesta de resolución, el Ayuntamiento ha podido ejecutar su criterio, y no lo ha hecho, y elaborar la propia Campaña (la UTE solo tiene competencia para proponer), deduciendo su importe a la UTE, con el soporte legal del Pliego y de la normativa contractual. En todo caso, ni admitiendo a efectos de controversia el criterio del Ayuntamiento, que reiteramos no es procedente, se afectaría a la prestación de la obligación principal del contrato.

1.3. Eliminación de chicles. (...)

Rechazar el relato y conclusiones recogidas en el Informe que motiva la desestimación de nuestras anteriores alegaciones, por lo que a continuación se razona.

El 30 de abril de 2019 el Ayuntamiento efectuó a la UTE un requerimiento de documentación y el 15 de mayo de 2019 se cumplimentó el mismo.

Frente a la afirmación de esa Administración que la concesionaria no ha justificado gasto económico alguno, en el Informe emitido por el técnico municipal obrante en el acuerdo de inicio de este procedimiento, se reconoce que "se acredita que sólo hay contratadas, como máximo, cuatro personas" y que "de los medios materiales, que los utilizados son dos, y no tres, dedicados a la mencionada labor".

Es decir, el propio informante reconoce que hay contratadas cuatro personas y adscritos dos medios materiales en la prestación de este servicio.

La adjudicataria cumple con los medios humanos y materiales ofertados, conforme a la documentación aportada y a la realidad de la prestación del servicio de eliminación de chicles, disponiendo cada día de 3 equipos, cada uno integrado por 2 personas, que trabajan en turnos de mañana y tarde, con 6 trabajadores que se distribuyen en dos turnos diferentes

cumpliendo la rotación de 3 equipos 1 día con 2 trabajadores cada uno y con los furgones requeridos.

En todas las comunicaciones cursadas por el Ayuntamiento no existe observación que la tarea de eliminación de chicles no se realice correctamente o que afecte, en forma alguna, a la buena calidad de la satisfacción de la obligación principal del contrato.

SEGUNDA.- En lo referente al cumplimiento del principio de proporcionalidad, considera esa Administración que lo ha respetado escrupulosamente al haber requerido a la empresa para que subsane los incumplimientos detectados.

Al efecto, cita el Dictamen 526/2021 de 4 de noviembre del Consejo Consultivo de Canarias referente al procedimiento de resolución anterior de este mismo contrato y que consideró ajustado a Derecho su proceder.

Reiterar que, en ningún caso, se habría cumplido el principio de proporcionalidad.

No tiene fundamento el planteamiento municipal de que se ha cumplido porque, antes de optar por la resolución del contrato, se han realizado requerimientos a la UTE para que asuma sus obligaciones.

El específico contenido y alcance de los requerimientos ha sido analizado anteriormente al referirnos a cada uno de los presuntos incumplimientos sin que, en ningún caso, su contenido pueda fundamentar la conclusión de incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Ninguno de los requerimientos tiene por objeto directo instar cumplimiento de obligaciones, que se dicen incumplidas: su contenido tiene por objeto la solicitud de información 1 documentación.

TERCERA.- Para justificar la existencia de la causa de resolución del contrato que invoca (la prevista en el artículo 223.1 f del TRLCSP: " El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato"), refiere el Ayuntamiento los hechos que motivan el inicio del expediente, a los que nos hemos referido en la anterior alegación Primera, considerando que los incumplimientos que conllevan afectan de forma negativa a la obligación principal del servicio, Como fundamento jurídico de su conclusión cita la Sentencia 153/2014 de 11 de julio del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y el Dictamen 52612021 del Consejo Consultivo de Canarias referente al procedimiento de resolución anterior de este mismo contrato, además de lo establecido en la cláusula 22.1 del PCAP, que incluye como obligación específica del contratista " 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 la cláusula octava del contrato suscrito ("Serán causas de resolución de contrato las previstas en la cláusula 31 del pliego de cláusulas administrativas que lo rige", estableciendo dicha

cláusula: "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").

La causa de resolución del artículo 223.1 f) TRLCSP no es de aplicación a los presuntos incumplimientos que atribuye el Ayuntamiento a la adjudicataria y, en ningún caso, afectan a la obligación principal del contrato.

Aunque se admitiese, a efectos de debate, que dichos incumplimientos son ciertos en sus términos y conclusiones, que como se ha expuesto no lo son, no son encajables en la causa de resolución del contrato invocada en el acuerdo municipal (la establecida en el artículo 223.1.f TRLCSP) porque no afectarían al cumplimiento de la obligación principal ni a obligaciones contractuales esenciales y, además, ninguno de los incumplimientos están contemplados con dicha calificación ni en los Pliegos ni en el contrato, de forma precisa e inequívoca.

Igualmente aun admitiendo, a efectos dialécticos, una interpretación extensiva del contenido de dicho artículo aplicándolo si el incumplimiento afecta a la prestación misma, de modo que ésta no se adecua al objeto del contrato definido en los pliegos y que su incumplimiento determinaría que no se alcanzase el fin perseguido por el contrato, habría que acreditar que han afectado al objeto del contrato lo que es evidente no sucede porque ninguno de los presuntos incumplimientos, ni admitiendo a efectos de análisis los términos en que los fija el Ayuntamiento, han afectado a su objeto ni a la prestación del servicio.

Rechazar también la pretensión de fundar la resolución del contrato en una cláusula genérica que establece dicho efecto por el incumplimiento de cualquier obligación recogida en los Pliegos o en el contrato. No tiene fundamento jurídico que se pueda concluir que cualquier incumplimiento puede motivar la resolución del contrato y que los presuntos incumplimientos que en este caso se atribuyen a la concesionaria afecten a la obligación principal del contrato.

No existe en el expediente ningún informe del Director Facultativo del Servicio ni de ningún tercero que establezca que el estado de limpieza no es aceptable ni que no se hayan prestado los servicios de forma adecuada, sino todo lo contrario.

Por último, nuestra disconformidad con el criterio de identificar jurídicamente la existencia de incumplimiento esencial de las obligaciones porque hay hechos que están vinculados a criterios de adjudicación.

Al efecto, lo primero que hay que considerar es la realidad de los incumplimientos y su alcance conforme se ha razonado anteriormente; y que, situándose el incumplimiento de la condición esencial del contrato en su fase de ejecución, lo que hay que acreditar es que los incumplimientos han afectado el objeto del contrato, lo que es evidente no sucede en este

supuesto porque ninguno de los presuntos incumplimientos han afectado a su objeto ni a la prestación del servicio a la ciudadanía.

En conclusión: el fundamento del acuerdo de resolución (incumplimiento de la obligación principal del contrato invocando como causa de resolución la prevista en el articulo 223.1f) TRLCSP) no es ajustado a derecho, por lo que la propuesta de resolución no es ajustada a derecho no procediendo la resolución del contrato.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITO: Que presentadas las anteriores alegaciones, se admitan y se tenga por efectuada oposición a la propuesta de resolución para acordar la resolución del Contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria en el término municipal de Mogán, del que es adjudicataria UTE (...), y se acuerde dejar sin efecto dicho procedimiento por no haber incurrido la misma en la causa de resolución del contrato que lo motiva».

19. Finalmente, la Propuesta de Resolución**,** de fecha 19 de junio de 2023, acuerda:

«PRIMERO.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas por la UTE (...) compuesta por las empresas "(...)" y "(...)" en relación con el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato de "Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", Ref:: 10-GSP-02.

SEGUNDO.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas por la representación de (...), en relación con el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato de "Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", Ref:: 10-GSP-02.

TERCERO.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas por la representación de (...) en relación con el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato de "Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", Ref:: 10-GSP-02.

CUARTO.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas por la representación de (...) en relación con el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato de "Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", Ref:: 10-GSP-02.

QUINTO.- Considerar 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", Ref.: 10-GSP-02 .

SEXTO.- RESOLVER el denominado "Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", Ref.: 10-GSP-02, 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, "el incumplimiento de las

restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato".

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- Proceder a la incautación de la garantía, en los términos recogidos en el artículo 225.3 del 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. Para acordar lo anterior, la Propuesta de Resolución se basa, sobre el fondo del asunto, en el art. 223 TRLCSP, que establece que *«Son causas de resolución del contrato: (...) f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato»*; en cuanto al procedimiento aplicable, el artículo 224 TRLCSP, que establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación siguiendo, en su caso, *«el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca»*, mientras que, en lo que se refiere a los efectos de la resolución, el art. 225 TRLCSP dispone que si el contrato se resuelve por incumplimiento culpable del contratista este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, indemnización que se hará efectiva sobre la garantía que se hubiese constituido.

La Propuesta de Resolución recuerda que, en efecto, el TRLCSP dispone en su art. 145.1, referido a las proposiciones de los interesados, que deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Por su parte el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares -en adelante PCAP- en su cláusula 22.1 dispone lo siguiente:

«22.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

(...)

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.

(...)

- El contrato se ejecutará con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares, observando fielmente lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, la oferta del adjudicatario, así como las instrucciones que, en su caso, le diere la Dirección Facultativa designada por el órgano de contratación. El contratista estará obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo».

Además, la Cláusula Primera del contrato formalizado entre ambas partes el 10 de junio de 2014 dice:

«(...), actuando en nombre y representación, en calidad de apoderado de la Unión Temporal de empresas denominada (...), Sociedad Limitada- (...), empresa (...), Sociedad Anónima Unipersonal, Unión Temporal de Empresas; en anagrama UTE (...), se compromete a realizar el "Contrato de Gestión de Servicio Público de Limpieza viaria en el término Municipal de Mogán" bajo la modalidad de Concesión Administrativa en estricta sujeción al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Pliego de Prescripciones Técnicas, y en las condiciones contenidas en su oferta, documentos contractuales que acepta plenamente, y de lo que deja constancia firmando en este acto su conformidad en cada uno de ellos».

La Cláusula Cuarta del mismo contrato dice:

«El adjudicatario se compromete a respetar y mantener todo aquello recogido en su proposición, en relación a los criterios de adjudicación detallados anteriormente, así como en todo lo relativo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Pliego de Prescripciones Técnicas y oferta presentada».

Y la Cláusula Octava dice:

«Serán causas de Resolución de Contrato los previstos en la Cláusula 31 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que lo rige».

Por su parte, el PCAP en su cláusula 31 dice:

«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».

2. Esos incumplimientos se fundamentan por la Propuesta de Resolución en lo siguiente:

- Baldeadora con capacidad de depósito de agua ≥ 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 marca (...) 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 envío 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 motobomba 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.

IV

1. Sobre el fondo del asunto este Consejo ya tuvo oportunidad de pronunciarse en el Dictamen 526/2021, en el cual consideró que la resolución del «*Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán*»,

adjudicado a la UTE (...), por incumplimiento culpable del contratista, se ajustaba a Derecho.

En el presente procedimiento, que se resuelve sobre los mismos hechos y las mismas causas que el anterior, no se aprecian nuevas circunstancias que motiven un cambio de parecer.

Las alegaciones nuevas de las interesadas son contestadas adecuadamente por la Administración municipal.

En definitiva, se entiende que a lo largo del expediente queda acreditado, a través de la documentación obrante, el incumplimiento culpable por parte del contratista en 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 sensibilización ofertada como mejora por el contratista, y en incumplimiento de la oferta quitachicles realizada por el contratista.

2. De toda la documentación existente, además de que el grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales es bajo, especialmente de aquellas derivadas de su proposición y que sirvieron de base para la adjudicación del Contrato, ante 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 a la Contratista varios requerimientos:

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 PPTP.

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, que la concesionaria considera que no son tales.

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 PCAP 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 PCAP 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 otra parte, el PCAP 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 intentaron imponer 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.

4.1. Alegan, en primer lugar, la nulidad del acto administrativo basándose en defectos de la audiencia a los interesados. Sobre esta cuestión, resulta patente que la audiencia a los interesados se realiza sobre lo actuado en el procedimiento, no

sobre una resolución, por lo que no existe indefensión al estar acreditado el acceso de los interesados a todo el expediente y que el ejercicio del derecho de defensa se ha podido realizar sin impedimento alguno.

4.2. En cuanto a *«la ausencia de competencia por el órgano administrativo que acordó la incoación del procedimiento administrativo y más aún del 'funcionario' que dicta el acto administrativo ahora recurrido»,* se debe indicar que, efectivamente, tal como consta en el expediente, el acuerdo de incoación fue adoptado por el Pleno, que ostenta la competencia para ello de acuerdo con el art. 47.2.j de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

4.3. En relación con la *«no presentación del Plan de Gestión del Servicio»*, donde se alega que de forma tácita se asumió por ambas partes que el plan inicial presentado en 2016 regía para todos los años del contrato; que la obligación de presentar dicho plan *«no tiene más calificación que una cuestión formal»;* que el 16 de julio de 2021 presentaron los planes correspondientes a 2019 y 2020; que el ayuntamiento *«ha tenido plena capacidad y medios para el control de la ejecución del contrato»*; y que *«no se ha afectado al cumplimiento de la obligación principal del contrato»*; en definitiva, *«que no se trata más que de una cuestión formal y que el ayuntamiento asumió que bastaba con el plan inicial presentado en el año 2016»,* pero se sorprenden de que en el año 2019 se solicite la presentación de un nuevo plan cuando reconocen la plena capacidad y medios del ayuntamiento para el control de la ejecución del contrato.

Este Consejo está de acuerdo con la Propuesta de Resolución en que el Plan de Gestión del Servicio tiene una gran utilidad para la fiscalización del servicio y su carencia provoca que la Administración no pueda realizar un control eficiente de la ejecución de aquel, y que por ello es una exigencia contractual.

4.4. En relación con la *«no sustitución de barredora averiada»,* los interesados alegan que la actividad de la barredora averiada *«ha sido efectivamente cubierta con las hidrolimpiadoras matrículas (...) y (...) (sustituida esta última por la (…) en la actualidad) y con la barredora (...) 7000 matrícula (...)»*, añadiendo que «no existe ninguna observación sobre deficiencias en la prestación del servicio», por lo que concluyen nuevamente que con la avería de esta barredora no se ha afectado la calidad de la prestación de la obligación principal del contrato.

Este Consejo aprecia que, efectivamente, las prescripciones 40 y 44 del PPTP obligaban a disponer de los medios de reserva necesarios «para la correcta prestación

de todos y cada uno de los servicios contratados» y a sustituir los vehículos y la maquinaria averiada en un plazo máximo de 24 horas. Si no se sustituye un vehículo adscrito al servicio, la calidad del mismo se resiente, afectando con ello la obligación principal del servicio.

Está acreditado que la concesionaria ha incumplido tal obligación, pues esos otros medios ya están previstos dentro del contrato y deben ser destinados a otras finalidades.

4.5. En relación con «la no aportación de una baldeadora de nueva adquisición con capacidad de depósito de agua >5 m^3», se incumple la Prescripción 37 del PPTP, que dice que los medios «habrán de ser de nueva adquisición», ya que la empresa adscribió al servicio una baldeadora matriculada el 26 de enero de 2006, con 15 años de antigüedad.

Se ha de recordar que la propia empresa reconocía no haber aportado el vehículo baldeadora con las características exigidas, incumpliendo el contrato y afectando con ello a la prestación principal del mismo.

Es obvio que el haber aportado una baldeadora antigua tiene relación directa con una posible afectación al cumplimiento de la obligación principal del contrato, pues ha quedado demostrado en el expediente -incluso admitido por los interesados- que la máquina ha sufrido averías, que la han apartado del servicio por largos períodos de tiempo (en ocasiones más de cuatro meses), por lo que la Administración tuvo que acudir a medios externos para cubrir esa baja.

4.6. A propósito de la *«campaña de sensibilización».*

La UTE entiende que la cantidad ofertada para la campaña anual de sensibilización, que fue de 79.114,10 euros, «era para todo el período de la concesión conforme se recogía en el Estudio Económico aportado, en el apartado de "Valoración de mejoras" (en su cuadro desglose)», y que, en cualquier caso, su presunto incumplimiento no afectaría a la prestación de la obligación principal del contrato.

Además, añaden que *«frente al argumento de no actuar porque no podía hacerlo hasta enero de 2019, que si entendía que el incumplimiento inicial fue la no presentación de propuesta para desarrollar una campaña para el periodo 2017-2018 su requerimiento debió producirse con anterioridad al inicio de 2017 y no al finalizar el bienio afectado».*

La cláusula 10.3 del PCAP preceptúa que son criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato los siguientes:

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 suministro, colocación, limpieza y mantenimiento 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.

La oferta presentada por la licitadora 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"».

Y en el Anexo V del citado sobre, en relación con el criterio n.º 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 (...) EMPRESA (...), se compromete a destinar un gasto en campaña sensibilización, por un IMPORTE ANUAL de: Precio SIN IGIG: SETENTA Y NUEVE MIL CIENTO CATORCE EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS (79.114,10)».

Está acreditado tanto que solo se ha hecho una campaña de sensibilización, como que los intentos de la administración por conminar a la adjudicataria a cumplir con lo ofertado han sido infructuosos.

4.7. En cuanto a la *«eliminación de chicles»*.

Las alegaciones son básicamente las mismas que las anteriores, centrándose en justificar su interpretación de la oferta, que preveía el empleo de «*tres equipos integrados por un peón especialista y un peón, que realizarán el servicio en turno de tarde (horario 14:00 a 20:40), con una frecuencia de 6 días para el total de 298 jornadas/año*».

Aun dando por válida su explicación acerca de los trabajadores destinados a esta tarea (teniendo en cuenta que el criterio del ayuntamiento es que se están utilizando para ello dos operarios de la UTE «*Incumpliendo lo ofertado e incidiendo negativamente en la calidad de la prestación principal objeto del contrato, al detraer medios humanos de la ejecución ordinaria del servicio*»), lo cierto es que los interesados no han podido justificar el cumplimiento de la oferta de medios materiales, puesto que se ofertó el empleo de tres equipos de limpieza compuestos (cada uno de ellos) por un furgón con equipo quitachicles y una hidrolimpiadora de agua caliente, lo que nunca se aportó, utilizando para ello dos furgones ya afectos al servicio y una hidrolimpiadora de agua fría.

La oferta presentada por la UTE fue la siguiente:

« (...) 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».

Se acredita que no se está incumpliendo el criterio de adjudicación recogido en la cláusula 10.3, criterio 4.º , del PCAP, que decía así:

«Se le asigna una valoración de 15 puntos.

Se propone como cuarto criterio de adjudicación la mejor oferta económica anual para campaña de eliminación de chicles».

Es decir, y en palabras del técnico municipal, *«lo que se valora en este criterio, que es totalmente objetivo, es la "LA MEJOR OFERTA ECONÓMICA ANUAL PARA LA CAMPAÑA DE ELIMINACIÓN DE CHICLES". En este sentido la UTE (...) realizó una oferta por un valor de 203.259,15 €; es decir, hasta el año 2020 la empresa tenía que justificar un gasto total de 1.219.554,90 € y a día de hoy no ha justificado nada».*

4.8. 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 trascribe 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. Como ya dijimos en los Dictámenes 106/2020 y 521/2021, 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 viario.

Pero, a mayor abundamiento, como se advirtió con anterioridad, el PCAP 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 PCAP 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 de la resolución del contrato se rigen por el art. 225 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, nuestro parecer, como en las ocasiones anteriores, no puede ser otro que entender que la resolución del contrato se basa en la acreditación de incumplimientos por parte del contratista de obligaciones esenciales, 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.

C O N C L U S I Ó N

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.