

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

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de febrero de 2024.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Presidenta del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras denominado «Construcción de muros de contención en el Camino La Hurtada», T.M. de Granadilla de Abona, suscrito con la empresa (...) (EXP. 6/2024 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del Informe con forma de Propuesta de Resolución formulado por el Cabildo Insular de Tenerife, en cuya virtud se acuerda la resolución del contrato administrativo de obras consistente en la *«Construcción de muros de contención en el Camino de la Hurtada»*, término municipal de Granadilla de Abona, suscrito con la empresa (...).

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde a la Presidenta del Cabildo Insular de Tenerife, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-.

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de Dictamen en los supuestos de *« (...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa »* [art. 11.1.D, apartado c) LCCC]. En este sentido, el art. 191.3, letra a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -en adelante, LCSP- (texto legal aplicable al presente supuesto de

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

acuerdo con lo establecido en el apartado segundo de la Disposición transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta de la citada Ley), señala que « (...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista». Circunstancias éstas que concurren en el presente procedimiento administrativo.

4. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, dicha competencia le corresponde al Consejero con Delegación Especial en Sector Primario y Bienestar Animal, al ser éste el órgano de contratación de conformidad con el Decreto dictado por la Presidencia del Cabildo Insular de Tenerife de fecha 4 de julio de 2023 (Disposición adicional segunda, apartado 4.º LCSP, en relación con la Disposición adicional decimocuarta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, así como el acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de 31 de julio de 2019, de delegación de competencias en los Sres. Consejeros de la Corporación Insular).

5. En lo que se refiere al régimen jurídico de aplicación a la presente resolución contractual, habiéndose adjudicado el contrato administrativo de referencia el día 12 de abril de 2023, queda regido sustantivamente por la LCSP y, procedimentalmente, en cuanto al procedimiento de resolución contractual, dado que el procedimiento de resolución del contrato se inició el día 20 de julio de 2023, bajo la vigencia de la LCSP, procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al «procedimiento de ejercicio» de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación. En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)]. Trámites éstos que aparecen debidamente cumplimentados en el expediente administrativo que se ha remitido a este Consejo.

Por su parte, el art. 109.1, apartado b), del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía

depositada, sin embargo, en este caso no se requirió la constitución de garantía definitiva, lo que justifica la omisión de dicho trámite.

Además, en el ámbito local, se preceptúa como necesario el informe jurídico de la persona que ejerza la Secretaría de la Corporación o, en su caso, de la Asesoría jurídica de la Corporación, tal y como ocurre en el presente supuesto, de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional tercera, apartado 8 LCSP.

6. En cuanto al plazo máximo para resolver -y notificar-, se ha de señalar que la resolución de incoación del presente procedimiento administrativo se dicta el día 20 de julio de 2023, esto es, con posterioridad a la entrada en vigor -el 1 de enero de 2023- de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, cuya disposición adicional sexagésimo 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 el plazo máximo de ocho meses. La falta de resolución expresa en el plazo indicado conllevará la caducidad y el archivo de las actuaciones»*.

De esta manera, el plazo máximo para instruir, resolver y notificar la resolución que ponga fin al presente procedimiento de resolución contractual es de ocho meses. En consecuencia, se entiende que el procedimiento administrativo de referencia no ha caducado, lo que eventualmente acontecería el día 20 de marzo de 2024.

II

En lo que se refiere a los antecedentes al procedimiento que nos ocupa y que constan documentados en el expediente remitido, constan los siguientes:

1.- Por Resolución del Consejero Insular de Agricultura, Ganadería y Pesca de fecha 10 de octubre de 2022, se procede a incoar el procedimiento administrativo de contratación para la ejecución de las obras comprendidas en el proyecto de *«Construcción de muros de contención en el Camino La Hurtada»* término municipal de Granadilla de Abona.

2.- Por Resolución del Consejero Insular de Agricultura, Ganadería y Pesca de fecha 29 de diciembre de 2022, se resuelve aprobar anticipadamente el expediente de contratación de referencia, mediante procedimiento abierto simplificado,

comprendiendo la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y la autorización del gasto, con carácter futuro, por importe de cincuenta y seis mil ciento dieciocho euros con catorce céntimos (56.118,14 €), -IGIC incluido- correspondiente al presupuesto base de licitación, con cargo a la aplicación presupuestaria 23-0701-4121-65000, n.º de propuesta de futuro 22-014047, ítem 22-031369, disponiendo al propio tiempo la apertura del procedimiento de adjudicación, siendo publicada en el Plataforma de Contratación del Sector Público el día 8 de febrero de 2023.

3.- Con fecha 12 de abril de 2023, el referido órgano de contratación resolvió adjudicar el contrato para la ejecución de las obras comprendidas en el proyecto de *«Construcción de muros de contención en el Camino La Hurtada»* término municipal de Granadilla de Abona, a la empresa (...), con NIF (...), por el precio ofertado de cuarenta y dos mil cuatrocientos euros (42.400.- €), más el 7 % de IGIC, esto es, dos mil novecientos sesenta y ocho euros (2.968.- €), al ser la oferta económicamente más ventajosa, y con los siguientes compromisos medioambientales incluidos en su oferta:

- Un 100 % de maquinaria a emplear en la obra con una antigüedad inferior a cinco años.
- El compromiso de elaborar en planta y no *«in situ»* el hormigón empleado en la ejecución de los muros.
- El compromiso de que la piedra que se emplearía en la ejecución de los muros y empedrados procediera de un gestor autorizado para su valorización.

Se dispuso un gasto por importe de cuarenta y cinco mil trescientos sesenta y ocho euros (45.368.- €) -IGIC incluido-, a favor de dicha empresa con arreglo a la aplicación presupuestaria 2023-0701-4121-65000, propuesta n.º 2023-000878, n.º de proyecto 20220643.

El plazo de ejecución de las obras se estableció en dos (2) meses, contados a partir del día siguiente al de la autorización de su inicio en el Acta de comprobación del Replanteo y previa presentación por dicha empresa y aprobación por la Corporación Insular del correspondiente Plan de Seguridad y Salud.

4.- En virtud de la citada Resolución, se designó como Director de la Obra al Ingeniero Agrónomo (...), y como Director de Ejecución y Coordinador en materia de Seguridad y Salud al Arquitecto Técnico (...), ambos funcionarios de la Corporación Insular adscritos al Servicio Técnico de Estructuras Agrarias.

5.- El contrato para la ejecución de las obras comprendidas en el proyecto de «*Construcción de muros de contención en el Camino La Hurtada*» término municipal de Granadilla de Abona, se formalizó mediante la firma de aceptación por (...), en representación de la empresa (...), con NIF (...), el día 26 de abril de 2023, de la adjudicación.

6.- El día 13 de mayo de 2023 la empresa contratista presentó para su aprobación, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 20.1 del PCAP, el Plan de Seguridad y Salud de las obras, emitiéndose con fecha 23 de mayo de 2023, por el Director de Ejecución y Coordinador en materia de Seguridad y Salud, el correspondiente informe favorable al mismo.

7.- Por Resolución del Consejero Insular del Área de Agricultura, Ganadería y Pesca de 24 de mayo de 2023 se aprobó dicho Plan de Seguridad y Salud, aceptándose asimismo el Plan de Gestión de Residuos de construcción y demolición presentado.

8.- El día 2 de junio de 2023 (...), en calidad de Director de la obra y, (...), representante de la empresa (...), proceden al acto formal de comprobación del replanteo, comprobándose in situ la viabilidad del proyecto y la completa disponibilidad de los terrenos necesarios para su ejecución, por lo que el Director de la Obra autoriza el comienzo de los trabajos y consecuentemente se inicia el plazo de ejecución.

A tal efecto se levanta la correspondiente acta positiva y se envía por correo electrónico al contratista para su formalización digital.

9.- El día 6 de junio de 2023, (...), requiere vía correo electrónico la devolución del acta firmada digitalmente. Circunstancia que se repite el día 13 de junio ante la falta de respuesta por parte del contratista.

10.- El día 17 de junio de 2023, la empresa (...) presenta escrito manifestando que, renuncia a la ejecución de las obras, con el siguiente tenor literal:

« (...) LA RENUNCIA A LA EJECUCIÓN DE LOS CITADOS TRABAJOS, DEBIDO A FALTA PERSONAL DISPONIBLE PARA REALIZAR LOS TRABAJOS, YA QUE NOS ENCONTRAMOS EJECUTANDO OTRAS OBRAS YA EN CURSO, ASI COMO DIFICULTAD PARA DISPONER DE SUMINISTROS DE PIEDRA Y HORMIGONES DE PLANTA. TODO ELLO NOS OCASIONA DIVERSOS PROBLEMAS DE EJECUCIÓN QUE NOS IMPOSIBILITA EJECUTAR LOS TRABAJOS EN LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS».

11.- El Servicio Técnico de Estructuras Agrarias, con fecha 5 de julio de 2023, emite informe en el que, entre otros, pone de manifiesto lo siguiente:

« (...) Los argumentos expuestos a modo de justificación, relacionados con la falta de recursos humanos y materiales, cabe calificarlos en todo caso como completamente ajenos a las características intrínsecas de lo que se pretende construir.

Es decir, no obedecen a circunstancias sobrevenidas que impidan ejecutar lo que está definido. Al contrario, la falta de recursos humanos solo puede obedecer a problemas de organización interna de la empresa contratista y es muy cuestionable, por no decir poco creíble, que existan actualmente problemas de disponibilidad de piedra y hormigón procedente de planta que condicionen la viabilidad de la obra».

III

En cuanto a la tramitación del expediente de resolución contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante Resolución de fecha 20 de julio de 2023, se inició la tramitación del procedimiento administrativo de resolución del referido contrato, acordándose en ella:

«PRIMERO: Incoar el procedimiento de resolución del contrato de ejecución de las obras comprendidas en el proyecto denominado “Construcción de muros de contención en el Camino de La Hurtada” t.m. de Granadilla de Abona, a instancias de la empresa contratista (...), con NIF (...), por incumplimiento culpable del contratista, al haber incurrido en causa de resolución contractual prevista en el artículo 211.1.f) de la LCSP, esto es, “el incumplimiento de la obligación principal del contrato”, con propuesta de indemnización a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados, fijando como criterio objetivo para determinar su cuantía, la diferencia económica entre el importe del contrato actual y el importe del nuevo contrato a celebrar para la ejecución de las obras.

SEGUNDO: Concediendo trámite de audiencia por el plazo de DIEZ (10) DÍAS NATURALES a la entidad mercantil (...), como entidad contratista, contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución de incoación, al objeto de que teniendo de manifiesto el expediente pueda presentar las alegaciones y documentos que estime oportunas».

2. El día 22 de julio de 2023 el representante de la empresa contratista acepta la notificación de la resolución de inicio y el día 1 de agosto de 2023.

3. Por la empresa contratista con igual fecha, 1 de agosto, se presenta solicitud de ampliación del plazo de audiencia conferido.

4. Con fecha 2 de agosto de 2023, se dicta Resolución por el Consejero con Delegación Especial en Sector Primario y Bienestar Animal, por la que se le concede a

la empresa contratista una ampliación del plazo de audiencia otorgado inicialmente, la cual se le notificó debidamente, siendo aceptada por el Sr. (...), administrador de la empresa contratista, el día 2 de agosto de 2023.

5. El día 5 de agosto de 2023, se presenta escrito de alegaciones por la contratista.

6. El día 10 de octubre de 2023, se emite por parte del Servicio Técnico de Estructuras Agrarias informe sobre las alegaciones formuladas por la empresa contratista.

7. El día 27 de noviembre de 2023, se emite el preceptivo informe de la Asesoría Jurídica, sin que se pusiera a disposición de la empresa contratista.

Tanto éste como el informe del Servicio Técnico de respuesta a las alegaciones de la empresa contratista no añaden hechos ni valoraciones nuevas y diferentes a las ya existentes en el expediente, razón por la que se considera que no se ha causado indefensión a la interesada por no otorgarle el trámite de vista y audiencia tras los mismos (art. 82.4 LPACAP).

8. El día 10 de noviembre de 2023 se emite una primera Propuesta de Resolución y el 29 de noviembre de 2023 se emite la Propuesta de Resolución definitiva.

IV

1. La Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen plantea la resolución del contrato administrativo suscrito el día 12 de abril de 2023 por el Cabildo Insular de Tenerife con la empresa (...) denominado *«Construcción de muros de contención en el Camino de la Hurtada, t.m. de Granadilla de Abona»*.

La resolución contractual se fundamenta en el incumplimiento de la obligación principal del contrato por parte del contratista [art. 211.1, letra f) LCSP y Cláusula 30.2. f) PCAP].

2. En la Propuesta de Resolución, además, la Administración contesta a las distintas alegaciones efectuadas por la empresa contratista, consistentes, resumidamente, en que no se le ha dado acceso al expediente administrativo a los efectos de formular alegaciones; desacuerdo en la propuesta de indemnización de daños y perjuicios y en la manera de calcular los mismos así como la declaración de la prohibición para contratar considerándola no ajustada a derecho, por desproporcionada y discriminatoria respecto a otras decisiones adoptadas por esa

administración en casos similares; que el motivo para declinar la ejecución se debe a que se dieron circunstancias desconocidas en el momento de contratar, contratación que además, se realizó de manera anticipada por procedimiento simplificado; que sólo tras la adjudicación pudo conocer circunstancias de la obra no especificadas en las condiciones de contratación y que se encontró con problemas no previsibles de suministro.

3. Pues bien, respecto a la resolución contractual por el motivo invocado por la Administración, debemos señalar que si bien la renuncia del contratista no se encuentra expresamente prevista entre las causas de resolución del contrato que enumera el art. 211 LCSP, la misma puede incardinarse en el «*incumplimiento de la obligación principal del contrato*» prevista en el apartado 1.f), obligación que en un contrato que nos ocupa, es la de ejecutar y concluir la obra acordada.

Se ha de partir de la reiterada y constante doctrina de este Organismo, manifestada entre otros en el Dictamen de este Consejo Consultivo 477/2023, de 16 de noviembre, que señala:

«Como hemos reiterado en distintas ocasiones, se ha de recordar que la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento “grave” del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992).

Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a 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”.

Entre otros, en nuestros Dictámenes 334/2021, de 17 de junio y 374/2019, de 17 de octubre hemos señalado:

“ (...) 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.

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”», doctrina aplicable al presente asunto.

4. En este caso, antes de entrar en la cuestión de fondo, es preciso manifestar acerca de una de las alegaciones, de carácter procedimental, expuesta por la empresa contratista relativa a que no se le dio traslado del expediente.

A este respecto, consta acreditado en el expediente remitido a este Organismo que se le otorgó el trámite de vista y audiencia de forma correcta, y que tras solicitar un ampliación de plazo, se dicta Resolución concediéndole la misma. Pero es que, además, no obra prueba o indicio alguno de que por parte del Cabildo Insular se le impidiera acceder al expediente ni la empresa presenta documento que estime precisos para demostrar la veracidad de sus alegaciones. Por tanto, procede afirmar que tal alegación es totalmente infundada por cuanto sí pudo acceder al expediente y conocer su contenido, y por tanto, que no se le ha causado indefensión alguna.

5. Entrando ya en el análisis de la causa de resolución esgrimida por la Administración, resulta que consta en el expediente escrito de la contratista dirigido a la Administración, a los pocos días del acto de comprobación de replanteo -cuyo documento formal se retrasó en firmar a pesar de varios requerimientos de la Corporación Insular- renunciando a la ejecución del contrato por falta de personal, al estar destinado a la ejecución de otras obras y también por falta de piedra y hormigón. Por tanto, desde el inicio de la ejecución del contrato la empresa contratista manifestó su voluntad de tan siquiera iniciar el cumplimiento de la obligación principal del contrato, esto es, la realización de la obra, lo que demuestra *per se* el incumplimiento culpable de la misma, puesto que la voluntad manifiesta de la empresa fue la de no ejecutar el contrato.

De la misma manera, se produjo una falta absoluta de acreditación de los problemas que adujo para no cumplir con sus obligaciones contractuales más básicas.

Ni siquiera, ante el informe técnico relativo a los incumplimientos culpables de la interesada, esta, teniendo la oportunidad procedimental de rebatir la información obrante en el mismo y aportar las pruebas documentales precisas para justificar las imposibilidades alegadas por ella, no procede a hacerlo.

Posteriormente, y en el escrito de alegaciones presentado en el expediente, intenta basar su renuncia a ejecutar la obra sin justificación posible, como adecuadamente se señala en la PR, cuando señala:

«El Servicio Técnico de Estructuras Agrarias con fecha 10 de octubre de 2023 emite informe sobre las cuestiones de índole técnica alegadas por el Sr. (...), con el siguiente tenor literal:

“En su escrito de alegaciones, (...), asevera que:

“ (...) los motivos aducidos por Linneo Boreal para declinar la ejecución de la obra no son ni mucho menos caprichosos, sino que se basan en razones justificadas, fundamentadas en modificaciones de circunstancias y/o condiciones fácticas no conocidas en el momento de la contratación, que además se realizó de manera anticipada por procedimiento simplificado”.

En primer término, no se alcanza a entender la relación existente entre la renuncia a la ejecución del contrato por los motivos aludidos y el hecho de que se haya utilizado para su adjudicación el procedimiento abierto simplificado, ya que tanto la publicidad de la licitación como de toda aquella documentación necesaria para la presentación de las ofertas por parte de los licitadores ha quedado garantizada.

Los argumentos expuestos por el contratista, que seguidamente serán objeto de análisis, postulan que el proyecto técnico no definía fielmente la obra a ejecutar, y que este hecho condicionó negativamente su oferta durante el procedimiento de licitación.

Textualmente:

“Sólo tras la adjudicación el contratista ha podido conocer circunstancias de la obra que no estaban especificadas en las condiciones de contratación ni en el proyecto, tales como la ausencia de suministro de agua en la ubicación de la obra o la necesidad de acceder a la ubicación a través de dominios privados, cuyo acceso requieren consentimiento autorizado por los propietarios.

Lo expuesto supone una necesidad de personal y medios con los que no se cuenta actualmente, además de implicar una serie de gestiones no especificadas en el procedimiento de contratación, todo ello con un sobre coste inasumible sin descompensar el equilibrio financiero de los contratos administrativos que impone el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”

Por lo obvio que supone, resulta innecesario justificar que el proyecto técnico que se incluyó en el anuncio de licitación, y que define y valora la obra a ejecutar, refleja con toda claridad la ubicación de la obra. Sin ir más lejos, el plano de situación determina con precisión el lugar donde se desarrollan los trabajos.

No resulta creíble que, en el momento de realizar su oferta, el adjudicatario del contrato no tuviese toda la información necesaria para determinar las características intrínsecas de la obra y las necesidades derivadas de contar con un suministro de agua en “campo abierto” ya fuese por medios propios o tras alcanzar algún tipo de acuerdo con terceros.

Reclamar en este momento que la necesidad de gestionar el suministro de agua genera un desequilibrio económico inasumible resulta, cuanto menos, poco justificado y en todo caso estaría más relacionado y vendría motivado por una deficiente valoración de la oferta económica realizada en su día en la que no se tuvieron en cuenta estas circunstancias.

Por otro lado, alude a la existencia de una barrera que impide el acceso a los terrenos privados en los que resulta preciso desarrollar los trabajos y que este hecho, sobrevenido y no informado en el momento de la licitación, altera las condiciones del contrato.

El reclamante, o en su caso el asesor legal que le asiste, debe conocer que para iniciar un expediente de contratación la Administración tiene como condición sine qua non contar con la completa disponibilidad de los terrenos necesarios, sean públicos o privados. Motivo por el que resulta innecesario realizar cualquier mención expresa en tal sentido en el anuncio de licitación.

Además, resulta incomprensible lo que se plantea cuando durante el propio acto de comprobación del replanteo ya se indicó a (...) que se contaba con autorización de acceso a los terrenos privados necesarios para la ejecución del muro de contención, y que el hecho de que en ese momento existiese una barrera que impedía el paso no impedía el inicio de los trabajos.

Ese mismo día, 2 de junio de 2023, el Director de Obra contactó telefónicamente con la propietaria de los terrenos con el fin de advertirle del inminente inicio de los trabajos y de la necesidad de acceder a su propiedad tal y como ya había autorizado previamente. Prueba de ello es el correo electrónico enviado a (...) y que seguidamente se transcribe:

“Buenas tardes,

He contactado con la propietaria de los terrenos afectados por la ejecución del muro y le he comentado que el comienzo de la obra es inminente.

Se trata de (...) y su teléfono de contacto es el (...).

Cuando lo necesiten, les facilitará la llave de apertura de la cancela que da acceso al banal. Está a la espera de comunicación por su parte.

Me insistió en que extremen las precauciones con el fin de evitar el vertido de residuos de obra en la parcela, especialmente cemento. Cuento con que no es necesario insistir sobre este tema.

Saludos,”

Como queda probado, la realidad de los hechos contradice los argumentos expuestos. También se argumenta que:

“Como se ha advertido, existen además problemas no previsibles de suministro, tanto respecto a la piedra y hormigones de planta, altamente demandados, como para poder cumplir con el criterio establecido en la contratación de que un 100% de maquinaria a emplear en la obra tenga una antigüedad inferior a cinco años, pues actualmente ninguna empresa cuenta con disponibilidad para suministrar esta maquinaria en los plazos de ejecución ni, previsiblemente, en los sucesivos.”

La necesidad de utilizar en la obra maquinaria con una antigüedad inferior a los cinco años y piedra procedente de un gestor autorizado no son imposiciones de esta Administración. Son compromisos libremente expresados por la empresa contratista en su oferta y que en su momento fueron valorados y determinaron finalmente el resultado de la adjudicación.

Las cláusulas medioambientales constituyen un criterio de adjudicación, y junto a la oferta económica determinan la puntuación final de cada licitador. En el contrato que nos ocupa se valoró positivamente el compromiso de los licitadores de adoptar determinadas medidas encaminadas a reducir la afección medioambiental de la obra, siendo éstas la utilización de maquinaria renovada, materiales reciclados, así como hormigón de planta.

La empresa (...) se comprometió libremente a aportar un 100% de maquinaria con una antigüedad inferior a 5 años y a utilizar piedra reciclada procedente de gestor autorizado y hormigón procedente de planta, por lo que recibió las máximas puntuaciones por tales conceptos. Puntos que finalmente resultaron determinantes para que fuese adjudicatario del contrato.

Sobre la base de esta exposición resulta incomprensible lo que se alega, ya que ni el hormigón ni la piedra son materiales de construcción con escasez de suministro, ni los compromisos asumidos libremente pueden considerarse como imposiciones del Órgano de Contratación que alteren las condiciones de la licitación.

Sin querer poner en duda que la asunción de los compromisos ofertados pueda suponer un perjuicio económico sobrevenido para el contratista, tal y como éste manifiesta debido a las circunstancias actuales de encarecimiento de las materias primas y de los costes de otra índole, se interpreta que estas circunstancias se circunscriben dentro de lo que se define como principio de riesgo y ventura (artículo 215, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público). Interpretar lo contrario quebrantaría los principios que rigen el procedimiento de licitación, ya que implicaría modificar a posteriori la oferta del adjudicatario, beneficiándolo en relación al resto de los licitadores.

En contraposición a los argumentos expuestos, no hay que olvidar que la empresa (...) concurrió libremente al procedimiento de licitación, y que de igual modo ofertó sobre la base de sus perspectivas de beneficio proponiendo cumplir una serie de compromisos medioambientales que finalmente fueron determinantes en su elección.

Que no mostró oposición a la adjudicación del contrato y que, muestra de su predisposición a ejecutar la obra, presentó el preceptivo Plan de Seguridad y de Gestión de Residuos para su aprobación por parte de esta Administración.

Y que no fue hasta el momento en el que se le convocó para la comprobación del replanteo cuando manifestó los problemas que le suponía llevar a cabo la obra en los plazos establecidos, proponiendo al Director de la Obra ese mismo día que se le concediera una prórroga de dos meses en el plazo de ejecución debido a que no podía destinar los medios humanos necesarios al tenerlos comprometidos en otras actuaciones.

Este Servicio Técnico considera que las alegaciones presentadas de índole técnica a la incoación del procedimiento de resolución del contrato de ejecución de la obra “Construcción de Muros de Contención en El Camino de La Hurtada”, T.M. de Granadilla de Abona, no tienen sustento y por tanto se ratifica en los mismos términos expuestos en el informe emitido el día 5 de julio de 2023».

Por todo ello, procede afirmar que concurre la causa de resolución contractual esgrimida por la Administración [art. 211.1, letra f) LCSP y Cláusula 30.2.f) PCAP], dado el manifiesto e injustificado incumplimiento de la obligación principal del presente contrato por parte de la empresa contratista.

6. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, y contrariamente a lo manifestado por la empresa contratista en su escrito de alegaciones, a cuyo tenor: «PRIMERO.- Esta parte ha de oponerse al expediente abierto en cuanto a la propuesta de indemnización a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados y a la declaración de prohibición para contratar con el Cabildo Insular de Tenerife, pues ha de considerarse la misma no ajustada a derecho, por desproporcionada y discriminatoria respecto a otras decisiones adoptadas por esta administración en casos similares, en las que no se adoptan habitualmente medidas sancionatorias», se debe señalar que dichas consecuencias se encuentran previstas en el art. 213.3 LCSP según el cual: «Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada».

Por su parte, art. 113 del RD 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) señala que en estos casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que daba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada, previa audiencia del mismo, atendiendo entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que se ocasione a la Administración.

En este caso, al no haberse requerido la constitución de garantía definitiva en virtud de lo dispuesto en el art. 159.6.f) LCSP, no procede acordar incautación de garantía.

Por lo que se refiere a la prohibición de contratar, el art. 71.2.d) LCSP, señala que: *«2. Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 73 las siguientes:*

(...)

d) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley. La prohibición alcanzará a las empresas cuyo contrato hubiere quedado resuelto por incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones que los pliegos hubieren calificados como esenciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 211.1.f)».

Por último, la determinación de la cuantía a que ascienda la indemnización será objeto del procedimiento contradictorio establecido en el art. 113 del RGLCAP.

Por tanto, también respecto a los efectos derivados de la resolución contractual, la PR es conforme a Derecho.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, por la que se resuelve el contrato administrativo de obras denominado «Construcción de muros de contención en el Camino de la Hurtada», término municipal de Granadilla de Abona, suscrito con la empresa (...), se considera conforme a Derecho.