

Dictamen n.º: **182/17**
Consulta: **Consejero de Medio Ambiente, Administración
Local y Ordenación del Territorio**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **04.05.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 4 de mayo de 2017, sobre la consulta formulada por el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 5.3.f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de suministro denominado “*Adquisición de una barredora-baldeadora compacta para la limpieza de calles del municipio de Valdeolmos-Alalpardo*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante oficio que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con fecha 11 de abril de 2017, el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio ha solicitado dictamen preceptivo sobre la resolución del contrato de adquisición de una barredora-baldeadora compacta para la limpieza de calles del municipio de Valdeolmos-Alalpardo, incluido en el Programa Regional de Inversiones y Servicios de Madrid para el periodo 2008-2011 prorrogado (PRISMA 2008-2011) (en adelante, “*el contrato*”). En dicha fecha ha comenzado el cómputo del plazo de treinta días para la

emisión del dictamen conforme a lo previsto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCA).

La ponencia ha correspondido por reparto de asuntos al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 4 de mayo de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. El Pleno del Ayuntamiento de Valdeolmos-Alalpardo, en sesión ordinaria de 1 de octubre de 2014, solicitó incluir en el PRISMA 2008-2011, la actuación consistente en el suministro de una barredora-baldeadora cuyo importe ascendía a 178.475 euros, IVA incluido.

Previo informe de los Servicios Técnicos de la Dirección General de Cooperación con la Administración Local de fecha 19 de diciembre de 2014, por Resolución de su titular de 8 de enero de 2015, se aprobó el alta del suministro en el PRISMA 2008-2011 con sujeción a la disponibilidad presupuestaria en los términos establecidos en el artículo 5 del Decreto 68/2008, de 19 de junio.

Mediante escrito del jefe del Servicio de Obras e Infraestructuras, se comunica a la Junta Central de Compras de la Comunidad de Madrid la necesidad de adquirir una barredora-baldeadora compacta con destino al municipio de Valdeolmos-Alalpardo, derivada del PRISMA 2008-2011, y se solicita autorización para su adquisición al margen del sistema establecido de adquisición centralizada.

El director general de Contratación y Patrimonio y presidente de la Junta Central de Compras autorizó con fecha 23 de febrero de 2015 al órgano de contratación de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno (en adelante, la Consejería competente), para que, en sustitución de la Junta Central de Compras de la Comunidad de Madrid, tramitase la adquisición de una barredora-baldeadora compacta con destino al municipio de Valdeolmos-Alalpardo por un importe de ciento setenta y ocho mil cuatrocientos setenta y cinco euros (178.475€), IVA incluido, mediante procedimiento abierto, con imputación del gasto al subconcepto 62900 del vigente presupuesto de Gastos, programa 942N.

Con fecha 7 de marzo de 2016, la directora general de Administración Local suscribió un informe justificativo de la necesidad de adquisición de la barredora-baldeadora con el fin de proceder a la adjudicación del suministro mediante el procedimiento ordinario con el criterio único del precio. Con la misma fecha, la jefe de Servicio de Obras e Infraestructuras de la Dirección General de Administración Local propuso mediante memoria justificativa el procedimiento abierto con el fin de atraer el mayor número de ofertas, y el precio como único criterio de adjudicación al considerar perfectamente establecida y técnicamente delimitada en el pliego de prescripciones técnicas la prestación objeto del contrato. En distinto informe, consideraba correcto y favorecedor de la posible concurrencia el precio base de licitación que había sido propuesto por el Ayuntamiento de Valdeolmos-Alalpardo.

2. Ya con fecha 15 de abril de 2016, la directora general de Administración Local suscribió la propuesta de contratación, acordando el 19 de abril el inicio del expediente de contratación.

El pliego de cláusulas administrativas particulares fue informado por el Servicio Jurídico en la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio el 11 de mayo de 2016.

Con fecha 6 de junio de 2016, y previa conformidad de la Intervención Delegada, se aprobó la autorización del gasto.

En esa misma fecha, el consejero competente resolvió aprobar los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, el gasto y su imputación presupuestaria, el expediente de contratación y la apertura de procedimiento abierto para la adjudicación del contrato.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se definía como objeto del contrato la adquisición de una barredora-baldeadora compacta para la limpieza de calles en el municipio de Valdeolmos-Alalpardo, conforme a las características especificadas en el pliego de prescripciones técnicas particulares (cláusula 1). El plazo de ejecución del contrato (cláusula 13) era de setenta días (70) contados a partir del día siguiente al de la formalización del contrato. En el capítulo de penalidades (cláusula 14), sólo se preveían para la hipótesis de demora a razón de 0,20 euros de al día por cada 1.000 euros de precio del contrato. En la cláusula 14 se preveía la constitución de una garantía definitiva consistente en el 5 por ciento del importe de adjudicación del contrato, IVA excluido, para responder de los conceptos a que se refiere el artículo 100 del TRLCSP. En la cláusula 21, en sede de penalidades por incumplimiento de las obligaciones contractuales, el párrafo quinto preveía que la Administración, en caso de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato por parte del contratista, pudiera optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades. Por lo que se refiere a la extinción y cumplimiento del contrato, la cláusula 32 disponía que se entendería cumplido cuando, transcurrido el plazo de vigencia total del contrato, hubiera sido cumplido conforme a los términos del mismo y a satisfacción de la Administración la totalidad de su objeto, previéndose un acto formal de recepción de los bienes dentro del mes siguiente a la finalización de su

objeto. En caso de que, en tal momento los bienes no estuvieran en estado de ser recibidos, se darían las instrucciones precisas al contratista para la que subsanara los defectos observados o procediera a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado. Ya en la cláusula 37 se trataba lo tocante a su resolución, contemplados como causas de tal efecto las recogidas en los artículos 85, 223 y 299 del TRLCSP, así como la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración, el incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación, la obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración, el incumplimiento por el contratista de la obligación de confidencialidad y la sanción al mismo por incumplimiento culpable de la Ley 8/2005, de 23 de diciembre, de Protección y Fomento del Arbolado Urbano de la Comunidad de Madrid. Para el caso de que la resolución se debiere a un incumplimiento culpable del contratista, se contemplaba el deber de éste de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, que se haría efectiva en primer término sobre la garantía constituida sin perjuicio de la subsistencia de responsabilidad en el importe que excediera de la garantía incautada.

Por lo que se refiere al pliego de prescripciones técnicas (PPT), su cláusula segunda incluía las características técnicas mínimas que debía reunir la máquina, entre ellas una capacidad neta de la tolva de al menos 3,7 m³ con descarga baja por basculación y descarga alta por elevación con altura de 1.500 mm. El plazo máximo de la entrega, al igual que en el PCAP, se fijaba en 70 días (cláusula tercera), si bien en la cláusula quinta, bajo la rúbrica de “*Vigilancia y Comprobación*”, se atribuía dicha función en el momento de la recepción del suministro a los técnicos de la Dirección General de Administración Local, disponiendo que “*con antelación a dicha recepción, la empresa adjudicataria deberá haber presentado a los técnicos de esa Dirección General las fichas o manuales*

que recojan las características técnicas de los equipos, material e instalaciones”.

Por Resolución de la secretaria general técnica de 8 de junio se dispuso la publicación de la convocatoria en el BOCAM y en perfil del contratante en internet.

La única oferta fue presentada por Sistemas y Vehículos de Alta Tecnología, S.A. (SVAT), por importe de 139.500 euros (sin IVA), siendo propuesta como adjudicataria por la Mesa de Contratación. La oferta presentada, incluida la justificación de las características técnicas del producto ofertado, figura al documento 23 del expediente administrativo. En la misma, el representante de la empresa se manifiesta enterado de las condiciones, requisitos y obligaciones establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, comprometiéndose a acreditar el cumplimiento de sus obligaciones cuando fuera requerido para ello, en cualquier momento durante la vigencia del contrato. En el apartado 2 de la oferta, señalaba que la máquina propuesta, identificada por su marca y modelo, tenía una capacidad neta de la tolva superior a 3.700 litros con descarga baja por basculación a 1.100 mm y descarga alta por elevación con altura de 1.500mm. Igualmente se comprometía a realizar el suministro en un plazo máximo de 70 días (apartado 3). A continuación aportaba un documento (folleto) de especificaciones técnico-comerciales del vehículo.

En lo referido a la tolva, el documento de referencia reflejaba que el producto a suministrar contaba de serie con una tolva de acero inoxidable y, como elemento adicional, un depósito de agua adicional en la tolva. Más específicamente, en el apartado relativo al Contenedor, especificaba:

“El contenedor estanco de la barredora XXXX está fabricado con chapa de ACERO INOXIDABLE de alta resistencia a la oxidación-corrosión, con refuerzos de rigidización. Todo el proceso de soldadura

empleado en la fabricación ha sido sometido a exhaustivos controles de calidad, mediante inspecciones de líquidos penetrantes y radiográficos.

La capacidad útil de la tolva de las barredoras XXXX está muy cercana a su volumen total, debido a que la tolva es totalmente diáfana y solamente en la parte superior de la misma están situados los filtros de salida de aire al exterior, lo que optimiza la utilización real de la tolva. De este modo, no contiene componentes hidráulicos o partes dañables en su interior. La capacidad es la más grande en su segmento.

En el fondo de la tolva la barredora XXXX va provista de un tubo de desagüe que durante el proceso de trabajo puede evacuar el agua de humectación o de lluvia, aumentando por tanto el volumen útil de la tolva en fase de trabajo.

La descarga puede producirse mediante elevación de la tolva y eyección de los residuos (CD) o mediante basculamiento de la tolva y volcado de los residuos (ST/STH)".

Con fecha 18 de julio de 2016 se constituyó la garantía definitiva por importe de 6.975 euros en forma de aval del Banco Popular Español, SA.

Mediante la Orden 1544/16, de 4 de agosto, el consejero competente adjudicó el contrato a la única licitadora por un importe de 168.795 euros, IVA incluido.

Con fecha 5 de agosto se suscribió el contrato administrativo, en cuya cláusula segunda el contratista se comprometía a llevar a cabo la ejecución del suministro “con estricta sujeción a lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones

técnicas particulares, documentos en que se determina y detalla el objeto del contrato”.

Igualmente, en la cláusula tercera se establecía la obligación de cumplir el contrato en el plazo total de setenta días a partir del siguiente al de formalización del contrato, siendo así que, a la entrega de la máquina, un técnico de la empresa adjudicataria se desplazaría al sitio que determinara la Dirección General de Administración Local para transmitir los conocimientos necesarios para su manejo a los técnicos y operarios municipales.

En punto a la resolución, únicamente se advertía en su cláusula tercera que:

“En caso de incumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En su defecto se aplicarán las previstas en el artículo 212 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”.

3. Con fecha 21 de noviembre de 2016, el jefe de la Sección de Obras e Infraestructuras III (en adelante, *el jefe de Sección*), que era una de las personas designadas para el seguimiento del contrato, con el visto bueno de la jefa del Servicio de Obras e Infraestructuras, suscribió un informe en el que se daba cuenta del cruce de correos electrónicos que se había producido entre la Administración contratante y el contratista en el mes de octubre anterior.

Así, en una primera comunicación de 5 de octubre se hacía referencia a que, en la documentación remitida por la contratista que recogía las características técnicas de la barredora-baldeadora (se ha de

suponer que se refiere a la copia de la ficha técnica del vehículo a suministrar y al catálogo oficial del vehículo en el que figuren las características técnicas del mismo, que según se expresa en alguna otra parte del expediente, le fueron solicitadas vía correo certificado con fecha 29 de septiembre de 2016), no se recogía la capacidad neta de la tolva, siendo así que el pliego de características técnicas exigía que tuviera una capacidad de al menos 3,7 m³. En la respuesta, la contratista informaba que la capacidad bruta de la tolva era de 5.000 kilogramos, tal como se recogía en las especificaciones técnicas de la oferta, y que su capacidad neta era superior a 3,7 m³, tal como se refería también en el apartado de justificaciones del cumplimiento de las características técnicas mínimas exigibles.

En correos electrónicos posteriores, un representante de la contratista se remitía a unas conversaciones telefónicas mantenidas el 10 de noviembre (parece que se quería hacer referencia al mismo día de octubre) a raíz de las cuales se habría hecho una consulta a fábrica, enviándose a resultas de la misma el croquis de la maquinaria con letreros en lengua inglesa. Asimismo, se incluía un informe justificativo del volumen de la tolva, fechado el 13 de octubre, en el que se indicaba:

«1. Según la norma UNE-EN 15429-1 Barredoras. Clasificación y terminología, al referirse a las distintas capacidades de las máquinas habla de “depósito de residuos” definiendo la capacidad neta del mismo.

2. En el caso que nos ocupa, el pliego de requisitos técnicos no hace referencia a la capacidad neta del depósito de residuos sino a la capacidad neta de la tolva, siendo ésta según plano adjunto de 4,78 m³.

3. Si deducimos de esta capacidad los 0,75 m³ del depósito de agua adicional en tolva, mantenemos una capacidad neta de tolva de 4.03 m³ superior a los 3.7 requeridos en el pliego».

Siempre según el referido informe, el 26 de octubre se requirió de la empresa el envío del croquis en español, y, tras su visión, el técnico informante comentaba al respecto:

“En dicho croquis ahora traducido, se suman una serie de volúmenes tales como: placa eyectora, carcasa de turbina, rejilla, compuerta trasera, placa de desgaste, tubo de aspiración, boca de aspiración, codo de aspiración, si bien queda claro que la capacidad del depósito es de 2,8 m³, que coincide por otra parte con las especificaciones que para dicha maquinaria se encuentran colgadas en la red....

Por otra parte en la documentación aportada en el punto 3.3 (SISTEMA DE AMPLIACIÓN DE AGUA EN TOLVA) se manifiesta lo siguiente:

Depósito adicional incluido en la tolva, de acero inoxidable y capacidad de 750 litros (CD).

Es decir que la capacidad neta de la tolva quedaría todavía más reducida al incluir un depósito suplementario de agua dentro de la misma”.

Tras exponer lo anterior, el informe concluía reflejando las siguientes conclusiones:

“El pliego de condiciones técnicas hace referencia a una capacidad neta de la tolva para almacenar residuos procedentes del barrido y por tanto ese espacio no puede estar ocupado por depósitos adicionales de agua, ni puede contabilizarse como capacidad neta del mismo otras partes de la máquina diferentes del depósito.

Por todo lo anterior, esta Área de Obras e Infraestructuras entiende que la maquinaria ofertada no cumple los requisitos que recoge el pliego”.

De dicho informe se dio cuenta al Área de Obras e Infraestructuras Locales, al que –de vuelta- la jefa del Área de Contratación remitió con fecha 24 de noviembre una nota interior en la que se le indicaba la necesidad de remitir una memoria justificativa para el inicio del procedimiento de resolución, documento que fue suscrito el 23 de diciembre por los mismos técnicos que habían firmado el informe de 21 de noviembre. En el nuevo documento se resumía la causa motivadora del incumplimiento, se apoyaba éste desde el punto de vista legal en el apartado f) del artículo 223 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), se advertía de la reincidencia de la contratista toda vez que en 2014 había dado pie a otra resolución contractual por causa análoga en un suministro para el municipio de Ribatejada y se proponía la pérdida de la garantía constituida.

4. En virtud de la Orden 64/2017, de 19 de enero, el director general de Administración Local, por delegación del consejero del ramo, acordó incoar procedimiento para la resolución del contrato por *"incumplimiento de las características técnicas de la máquina objeto de la licitación descritas en la cláusula segunda del Pliego de Prescripciones Técnicas"*.

Mediante oficio de 19 de enero, cuya notificación por correo consta acreditada al documento 49 bis del expediente administrativo, la jefa del Área de Contratación de la Consejería notificó el anterior Acuerdo a la contratista, concediéndole un plazo de diez días naturales a efectos de posibles alegaciones por escrito e indicándole la posibilidad de personarse en el Área de Contratación y de obtener copia de los documentos obrantes en el expediente previo pago de la correspondiente tasa. Igualmente, con

fecha 30 de enero se procedió a su notificación a la entidad de crédito avalista, constando al documento 50 bis su materialización.

El 3 de febrero, el representante de la contratista manifestó su disconformidad con la incoación del procedimiento, al considerar que la máquina ofertada cumplía las características contempladas en la cláusula 2ª del pliego de prescripciones técnicas y exhortaba a la Administración a indicarle *“qué normativa o legislación actual utilizan para decir que estamos incumpliendo”*.

Solicitado informe sobre las alegaciones del contratista al jefe de Sección, por parte del mismo se destacó con fecha 13 de febrero la inexistencia de documentación anexada a aquel escrito por parte de la contratista que sirviera para aclarar el incumplimiento del pliego de condiciones técnicas que se le imputaba.

El 15 de febrero el secretario general técnico solicitó informe del Servicio Jurídico en la Consejería, acordando formalmente al día siguiente la suspensión del plazo del procedimiento a los referidos efectos. Consta en el documento 56 la notificación del acuerdo de suspensión tanto a la contratista como a la avalista. El referido informe fue suscrito por la letrada-jefe el 21 de febrero, mostrándose en el mismo favorable a la propuesta remitida por las consideraciones jurídicas que se exponían. En esta última fecha se levantó formalmente la suspensión del procedimiento.

Con fecha 24 de febrero el representante de la contratista solicitó que se le diera traslado del informe de los Servicios Jurídicos.

Por nueva Orden de 28 de febrero, el consejero acordó suspender de nuevo el procedimiento, esta vez con vistas al informe de la Intervención. Figura al documento 60 el oficio de comunicación de dicho acuerdo a la contratista y a la avalista.

El interventor delegado, en informe de 8 de marzo, realizó diversas consideraciones relacionadas con la necesidad de motivar adecuadamente la propuesta de resolución, en particular en relación con la esencialidad de la obligación cuyo incumplimiento se imputaba a la contratista y a la determinación de los daños en relación con los cuales se acordaría la incautación de la garantía, exhortando al órgano consultante a adaptar la propuesta de resolución a las advertencias indicadas.

El 16 de marzo de 2017, un representante de la contratista se personó en las dependencias administrativas en las que obtuvo copia del informe del Servicio Jurídico.

Con fecha 31 de marzo, el jefe de Sección emitió nuevo informe en el que pretendía dar respuesta a las inquietudes manifestadas por el interventor delegado:

“Al tratarse de una barredora, que el Ayuntamiento solicitante necesita para atender la limpieza de tres núcleos de población: Valdeolmos, Alalpardo y Urbanización Mirabal la capacidad de la tolva (expresada en el pliego como capacidad neta de la tolva) se convierte en una característica esencial ya que si la misión de la maquinaria solicitada es barrer, la posibilidad de acumular el producto obtenido de ese barrido es tal vez más importante puesto que si este producto no puede ser debidamente almacenado como consecuencia de la escasa capacidad de la tolva, esto obligaría al operario que utilizase dicha maquinaria a realizar más viajes al punto de vertido de la suciedad, retrasando considerablemente los trabajos de limpieza. Por todo lo que se entiende que se incumple una obligación contractual de carácter esencial.

En relación a la valoración económica que ha podido suponer para el Ayuntamiento de Valdeolmos-Alalpardo no poder disponer de la

maquinaria solicitada en el plazo estipulado, ha contactado con el mismo sin que haya remitido el cálculo de los mismos a la emisión de la fecha de este informe por lo que se considera que los daños se calcularán posteriormente a través de procedimiento contradictorio”.

En la misma fecha, el jefe del Área de Contratación suscribió una memoria de la propuesta de resolución del contrato en la que se recogían los principales hitos de la contratación y de la causa de resolución apreciada, y se hacía un resumen de la tramitación seguida con vistas a acordarla.

El 4 de abril de 2017, la interventora general de la Comunidad de Madrid informó favorablemente la propuesta de resolución del contrato.

Figura en el expediente administrativo, como documento 68, un borrador de resolución del consejero en cuya virtud se acuerda dar por extinguido el contrato al considerar incumplida una obligación de carácter esencial y, en cuanto a la garantía definitiva, se expresa que responderá de los daños y perjuicios que se determinarán por procedimiento contradictorio sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiera al importe que exceda de la garantía incautada.

Con fecha 7 de abril se ha dictado orden del consejero suspendiendo otra vez el procedimiento con el objeto de recabar dictamen de la Comisión Jurídica Asesora.

Ya recibida la solicitud en esta Comisión Jurídica Asesora, por parte del secretario de la misma se pidió el 27 de abril la ampliación de la documentación incluida en el expediente administrativo mediante la aportación, en su caso, de los documentos que acreditaran la comunicación de esta tercera suspensión del plazo del procedimiento a

contratista y avalista. La documentación requerida fue remitida por el consejero competente al día siguiente de ser solicitada.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó mediante Orden del consejo competente de 4 de agosto de 2016, por lo que resulta de aplicación el TRLCSP en cuanto que normativa vigente en dicho momento.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que *“dentro*

de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”.

En este caso, el órgano de contratación es el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (en el caso, el 19 de enero de 2017, en virtud de Orden del consejero competente, acordada en virtud de delegación por el director general de Administración Local), lo que supone igualmente la aplicación en el caso analizado del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En particular, el artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGLCAP exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*, como es el caso. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente, y de la avalista, que no ha presentado escrito no obstante ser notificada de la incoación del procedimiento según está acreditado al documento 50 bis del expediente administrativo.

Debe matizarse que, con posterioridad a la fecha de otorgamiento de la audiencia, se han incorporado nuevos informes al procedimiento, en particular el del jefe de Sección en respuesta a las alegaciones realizadas por la contratista, práctica que no le ha generado indefensión a ésta puesto que no añaden hechos nuevos como base de la pretensión resolutoria (en dicho sentido, los dictámenes 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre, entre otros del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid), sino que vienen a abundar en la discrepancia de la Administración contratante con las características técnicas del producto que se pretende suministrar, como demuestran las comunicaciones entre ella y la Administración contratante reflejadas en el expediente.

En el procedimiento se ha emitido informe por el Servicio Jurídico en la Consejería que tramita el procedimiento de resolución contractual. También se ha emitido informe por la Intervención General, de carácter favorable una vez salvadas las insuficiencias que advirtió en la memoria justificativa del Área de Obras e Infraestructuras Locales elaborada con carácter previo al inicio del procedimiento y en el acuerdo de incoación, considerando (se entiende) la posibilidad de que éste se convirtiera sin variar su contenido esencialmente en propuesta inicial de resolución.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista. Esta, según hemos manifestado, entre otras ocasiones, en el Dictamen 191/16, de 9 de junio, no debe limitarse a ser un borrador incompleto de una resolución finalizadora del procedimiento, sino que ha de recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen.

En el expediente administrativo remitido a esta Comisión Jurídica Asesora, la propuesta de resolución, aunque de redacción concisa, cumple con tal exigencia de motivación, en particular por su remisión al informe de 21 de noviembre de 2016, del Área de Obras e Infraestructuras Locales, garantizando así el conocimiento por el interesado de las razones del actuar administrativo haciendo posible su impugnación en vía judicial con las debidas garantías y su control en sede judicial, siendo así que, además, ese informe aparece unido al expediente de la contratación haciendo posible su conocimiento por el interesado con carácter previo a la formulación de alegaciones. De esta forma, al hilo de lo afirmado por la Intervención Delegada en el primer informe de fiscalización emitido en la propuesta de resolución, se puede considerar respetada la necesidad de motivar los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos -artículo 35.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)-.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso, en que hay discrepancia en torno a la existencia misma de un incumplimiento contractual.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC). En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 19 de enero de 2017, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen, ya que la Administración que suscita la consulta ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento de conformidad con el

artículo 22.1 d) de la LPAC, que señala que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias:

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En el caso examinado, la aplicación de esta salvedad se relaciona con la suspensión formalmente acordada al solicitar informe al Servicio Jurídico y a la Intervención Delegada y al pedir dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora.

No obstante, para que sea efectiva la suspensión del plazo es preciso, según este precepto, que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes. Así lo ha hecho el órgano de contratación, notificando por correo certificado a contratista y avalista - según consta en los antecedentes de hecho de este dictamen- la primera de esas suspensiones, relacionada con la solicitud de informe al Servicio Jurídico, constandingo asimismo el registro de salida de las notificaciones en relación con la solicitud de informe a la Intervención Delegada. En cuanto a la suspensión para dictamen de esta Comisión, su comunicación a contratista y avalista también ha sido averada, previo requerimiento de ampliación del expediente administrativo por parte de esta Comisión.

TERCERA.- Conforme al TRLCSP, vigente a la fecha de adjudicación del contrato y aplicable a sus efectos conforme se ha expuesto anteriormente, son causas de resolución del contrato, además de las

previstas en su artículo 224 y de las que se señalen para cada categoría de contrato en dicha ley, las establecidas expresamente en cada contrato (artículo 223, letra h). En el caso objeto del dictamen, según se deduce de la memoria de la propuesta de resolución, el órgano que plantea la consulta promueve la resolución del contrato por el incumplimiento de la obligación contractual esencial de realizar el suministro conforme a las características previstas en el PPT, en relación con la cláusula 1 del PCAP, que contempla como objeto del contrato la adquisición de una barredora-baldeadora compacta para la limpieza de calles en el municipio de Valdeolmos-Alalpardo conforme a las características especificadas en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

Ahora bien, los hechos por los que se ha seguido el procedimiento de resolución encuentran mejor acomodo a juicio de este órgano consultivo en una causa de resolución expresamente prevista en el PCAP, cuya cláusula 21, en sede de penalidades por incumplimiento de las obligaciones contractuales, prevé en su párrafo quinto que la Administración, en caso de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato por parte del contratista, pueda optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades.

Consideramos como ya hiciera el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Dictamen 290/14, de 25 de junio, en relación con la misma contratista y tipo de incumplimiento, que esta cláusula resulta aplicable al caso objeto del presente dictamen, ya que la ejecución de la prestación consistente en el suministro se cumpliría por parte del contratista con la entrega de la máquina barredora, pero solo de un modo parcial en tanto en cuanto dicha máquina no reúne los requisitos exigidos en la documentación contractual.

La propia contratista, en su oferta recogida al documento 23 del expediente administrativo, demuestra ser consciente de la relevancia de

las características señaladas en el PPT en relación con el bien mueble a suministrar, al manifestarse expresamente enterada de las condiciones, requisitos y obligaciones establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, comprometiéndose a acreditar el cumplimiento de sus obligaciones - cuando fuera requerido para ello- en cualquier momento durante la vigencia del contrato.

Como también se ha señalado, el PPT, en su cláusula segunda contemplaba entre las características técnicas mínimas que debía reunir la máquina una capacidad neta de la tolva de al menos 3,7 m³.

Sobre el referido aspecto, el informe de 21 de noviembre de 2016, del jefe de Sección, puso de manifiesto que, del croquis del producto a suministrar que había sido facilitado por la contratista en cumplimiento de su compromiso de acreditar las características técnicas del producto previamente a su entrega, se deducía que a la capacidad de la tolva se le sumaban una serie de volúmenes tales como la placa eyectora, la carcasa de turbina, la rejilla y otros que en dicho informe se determinan, que implicaban que la capacidad real del depósito fuera de 2,8 m³, dato que además concuerda con las especificaciones del concreto vehículo publicadas en internet, que sería incluso inferior si se tiene en cuenta que el depósito adicional de agua reduce también su capacidad de almacenamiento.

La contratista no puede alegar válidamente el desconocimiento del motivo del que se desprende la resolución del contrato, aunque el informe de 21 de noviembre de 2016 no esté incluido formalmente en el expediente de la resolución del contrato sino en el expediente de contratación. Así se deduce, en primer lugar, del hecho de haber tenido conocimiento material de la disconformidad de la Administración con las características del producto en virtud de los correos electrónicos previos

de los que se da cuenta en el referido informe. Asimismo, conviene llamar la atención sobre la circunstancia de que se hace referencia explícita al informe técnico de 21 de noviembre de 2016, reflejando sus consideraciones fundamentales, en el informe del Servicio Jurídico del que la contratista obtuvo copia en las dependencias administrativas mediante comparecencia efectuada durante la instrucción del procedimiento de resolución contractual.

La relevancia de preservar la capacidad mínima de la tolva fijada en el PPT es recordada en el informe de 31 de marzo de 2017, del jefe de Sección en relación con el primer informe de la Intervención, cuando destaca que la barredora-baldeadora debe atender la limpieza de tres núcleos de población, por lo que una hipotética disminución de la posibilidad de acumular el producto del barrido obligaría al realizar más viajes al punto de vertido de los desechos, disminuyendo la efectividad de los trabajos de limpieza de la vía pública.

La ejecución del contrato exige, por lo tanto, que el suministro se adecue “estrictamente” a las prescripciones técnicas particulares, lo que no ocurre con la máquina barredora que se pretende suministrar tal y como ha quedado puesto de manifiesto en los informes técnicos incorporados al procedimiento.

Esta falta de sujeción a los requisitos del PPT supone un incumplimiento parcial que, de conformidad con la cláusula 21 del PCAP otorga a la Administración la opción entre imponer penalidades o resolver el contrato, resultando que se ha optado por lo segundo.

Se cumple, pues, la causa de resolución invocada en el artículo 223. h) TRLCSP, ya que nos encontramos con una causa de resolución expresamente prevista en el contrato. Conviene aclarar que, aunque la causa de resolución aplicada sea distinta a la prevista por la Administración, no por ello se ocasiona en el caso examinado indefensión

a la contratista, puesto que se basa en los mismos hechos, y sobre éstos ha tenido oportunidad de alegar y probar cuanto ha tenido por conveniente.

En cualquier caso, la validez de la resolución que, en su caso, sea dictada, estará condicionada a su conclusión dentro del plazo máximo de tres meses para resolver, conforme a lo expuesto al tratar sobre la caducidad del procedimiento.

CUARTA.- Por último ha de hacerse una referencia a la incautación de la garantía definitiva, toda vez que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

El artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real

Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. Con base en dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

En la actualidad, el citado artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Manifestada, pues la postura mayoritaria contraria a la incautación automática de la garantía, debe señalarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento imputable al contratista sino que expresamente remite esa determinación a un procedimiento posterior. Por ello, la

Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien, no se debe olvidar que el artículo 225.4 del TRLCSP 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”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada la superación de esos plazos.

De esta forma, entendemos procedente acordar la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 72.1 de la LRJ-PAC.

En mérito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato de suministro para la *“Adquisición de una barredora-baldeadora compacta para la limpieza de calles del municipio de Valdeolmos-Alalpardo”*.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 4 de mayo de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 182/17

Excmo. Sr. Consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio

C/ Alcalá nº 16 - 28014 Madrid