

Dictamen nº **290/14**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del
Gobierno**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **25.06.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 25 de junio de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de suministro denominado “*Adquisición de máquina barredora, nueva o de segunda mano, para el municipio de Ribatejada Prisma 2008-2011*”, adjudicado a A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 11 de junio de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, el día 10 del mismo mes, acerca del expediente de resolución del contrato referenciado.

Se solicita la emisión del dictamen requerido en el plazo previsto en el artículo 16.2 de la Ley 6/2007, en aplicación del artículo 109.2 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 (RGC).

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 279/14, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Ha correspondido su ponencia a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 25 de junio de 2014.

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

Mediante Orden de 4 de junio de 2013, del director general de Cooperación con la Administración Local, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT), rectores del contrato de suministro denominado “*Adquisición de máquina barredora, nueva o de segunda mano, para el municipio de Ribatejada Prisma 2008-2011*”, para su adjudicación por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios.

El PPT, en su cláusula segunda establece las características técnicas mínimas que ha de tener la máquina que se oferte en el contrato, entre otras:

- *“Ancho de barrido regulable hasta 2.600 mm mínimo.*
- *Sistema de recogida de residuos mixto por arrastre-aspiración con sistema de filtración de polvos levantados durante el barrido.*
- *Totva de residuos de acero inoxidable de 2000 l mínimo. Deberá disponer de elevación manual hidráulica para casos de emergencia”.*

La contracción del crédito presupuestario correspondiente, por un importe de 60.603,74 euros, se efectuó con cargo a la aplicación presupuestario programa 111, económica 62900. El gasto, previa fiscalización por la Intervención Delegada, se aprobó por el órgano competente con fecha 4 de junio de 2013, distribuido en una única anualidad, 2013.

La adjudicación del contrato a la mercantil A, se acordó mediante Orden del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno de 7 de agosto de 2013 en la cantidad de 57.475 euros. La fiscalización de la disposición del gasto por la Intervención Delegada se realizó el 29 de agosto de 2013.

El director general de Cooperación con la Administración Local, en nombre de la Comunidad de Madrid y los representantes de la adjudicataria, formalizó el contrato el 10 de septiembre de 2013, debiendo ejecutar la prestación en el plazo de 45 días, a contar desde el siguiente a la firma del mismo. La garantía definitiva se constituye por importe de 2.375 euros en la Tesorería de la Comunidad de Madrid el día 1 de agosto de 2013.

TERCERO.- En el acta de recepción realizada a las 11:30 horas del 16 de octubre de 2013, en el municipio de Ribatejada, consta que se procedió a la comprobación de las características técnicas de la máquina barredora usada “Mathieu Azura Concept” conforme al PPT que regía dicho contrato, máquina suministrada por la adjudicataria del contrato.

El informe técnico de 17 de octubre de 2013 realizado por la Subsección Técnica de Planificación con el visto bueno del jefe de Servicio de Obras e Infraestructuras de la Dirección General de Cooperación con la Administración Local indica que en dicha comprobación se detectó que faltaba la siguiente documentación:

1. Declaración CE de conformidad.

2. Permiso de circulación.

3. Certificado de la empresa acreditando las revisiones y cambios efectuados en la máquina para su puesta a punto según los mínimos exigidos en el pliego.

La adjudicataria, se comprometió a proporcionar dichos documentos.

Por otra parte, también se detectó el incumplimiento de las siguientes características descritas del pliego:

1.- Cinturón retráctil, homologado y con enrollador. El vehículo disponía de un cinturón no retráctil y sin enrollador.

2.- Ancho de barrido regulable hasta 2600 mm mínimo. Con los cepillos extendidos la anchura de barrido de la máquina suministrada no llegaba a los 2500 mm.

3.- Mangote de aspiración auxiliar de 100 mm de diámetro y al menos 4 m de longitud. El mangote proporcionado era de 150 mm de diámetro y, además, no era nuevo, aspecto que se exigía en el pliego.

4.- Equipo de barrido compuesto por un cepillo central, dos cepillos laterales y un cepillo delantero extensible lado derecho. La barredora suministrada disponía de dos cepillos delanteros.

5.- Sistema de recogida de residuos mixto por arrastre-aspiración con sistemas de filtración de polvos levantados durante el barrido. La barredora Mathieu Azura Concept, según la propia información suministrada por la empresa A durante la comprobación, posee un sistema de recogida de residuos por aspiración únicamente, esto es, dispone de un sistema de barrido distinto del recogido en el pliego.

6.- Tolva de residuos de acero inoxidable de 2000 l. La tolva de residuos de la barredora suministrada era de polietileno.

Según la información que proporcionó la empresa adjudicataria durante la inspección de la barredora suministrada, las dos últimas discrepancias (las más importantes a juicio de esta área) no eran subsanables, motivo por el cual se decidió no recibir la máquina.

En consecuencia, la jefa de Área de Programación de Inversiones Municipales, con fecha 30 de octubre de 2013, remite para su tramitación reglamentaria, el informe anterior y el acta de recepción.

El 21 de febrero de 2014 el subdirector general de Gestión Económico-Administrativa solicita a la subdirección General de Inversiones en Municipios:

- Documento de propuesta de resolución de contrato en el que se indique su causa, de las recogidas en el artículo 223 TRLCSP.
- Valoración económica de daños y perjuicios provocada por el incumplimiento, a efectos de determinar si procede o no la incautación parcial o total de la garantía.

El 25 de febrero de 2014 la Subsección Técnica de Planificación, con el visto bueno del jefe del Servicio de Obras e Infraestructuras informa que *“no se han producido daños y perjuicios con valoración económica, ya que el Ayuntamiento de Ribatejada sigue utilizando actualmente los mismos medios de limpieza que antes de la adjudicación, esto es, personal fijo del Ayuntamiento”*.

Mediante Orden de 11 de marzo de 2014 del director general de Cooperación con la Administración Local (por delegación del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del gobierno mediante Orden 1128/2013, e 25 de abril) se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato como consecuencia del incumplimiento, por parte de la adjudicataria, de las características técnicas del pliego de prescripciones técnicas particulares que se indican en los informes reseñados y que se detallaron anteriormente, al

amparo del artículo 223.h) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y 109 RGC.

La Orden es notificada al adjudicatario el 17 de marzo de 2014 y se le concede trámite de audiencia, por un plazo de diez días naturales, a fin de que pueda alegar y presentar los documentos que considere oportunos.

El 1 de abril de 2014 el técnico de apoyo del Área de Contratación emite diligencia para hacer constar que en el plazo establecido al efecto no se han presentado alegaciones. Transcurrido el plazo señalado, con fecha 7 de abril de 2014 tiene entrada en el registro de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno escrito de alegaciones de la interesada, en el que aduce que la barredora presentada “*supera y mejora las características técnicas del pliego de este concurso*” y solicita que sean aceptadas estas mejoras y se continúe adelante con el expediente para el suministro de la barredora.

Con fecha 1 de abril de 2014, se solicita informe a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, en relación con el expediente de resolución del contrato de suministro “*Adquisición de máquina barredora, nueva o de segunda mano, para el municipio de Ribatejada Prisma 2008-2011*”, adjudicado a A en aplicación de lo establecido en los artículos 211 TRLCSP, 109.1.c) y 109.2 RGC y 4.1.h) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Mediante informe de 15 de abril de 2014 (modificado el día 23 del mismo mes al haber advertido un error material), la letrada-jefa del Servicio Jurídico en la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, informa favorablemente el proyecto de Orden de resolución del contrato de suministro titulado “*Adquisición de máquina barredora, nueva*

o de segunda mano, para el municipio de Ribatejada Prisma 2008-2011”, adjudicado a A.

El técnico de apoyo en el Área de Contratación, el día 24 de abril de 2014 extiende diligencia a las alegaciones formuladas fuera de plazo por la contratista, considerándolas extemporáneas al haber sobrepasado el plazo fijado para su presentación y dado que en el escrito no se formula oposición a la resolución por parte de la empresa ya que únicamente se solicita que se acepten las mejoras presentadas y se continúe con el expediente, circunstancia que es del todo imposible, a tenor de lo dispuesto tanto por los pliegos que regulan este procedimiento contractual así como por el acta de recepción negativa suscrita el 16 de octubre de 2013.

La Intervención Delegada en la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, mediante informe de 6 de mayo de 2014, expone que antes de proceder a su fiscalización, considera conveniente, a pesar de la presentación de alegaciones por el interesado fuera de plazo, que las mismas sean puestas en conocimiento de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, con el fin de que a la vista de las mismas emita nuevo informe.

El 9 de mayo de 2014 el secretario general técnico de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno solicita a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid la emisión de un nuevo informe *“acerca de si debe tenerse en cuenta o no el referido escrito de alegaciones, a efectos de recabar dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid”*.

La letrada-jefa del Servicio Jurídico en la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno mediante escrito de 4 de junio de 2014, manifiesta la improcedencia de la emisión de un nuevo informe, pues el realizado en abril de 2014 *“fue debidamente evacuado”* y añade:

“(…) ha de tenerse en cuenta que la vía del artículo 43 de la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos está prevista para la aclaración de dudas jurídicas de los órganos que en el mismo se determinan, pero no para, al socaire de una supuesta duda jurídica, trasladar al Servicio Jurídico la decisión sobre un trámite de un expediente, cuya resolución compete al órgano administrativo.

A mayor abundamiento, respecto a la necesidad o no de recabar informe del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, por razones de lealtad institucional, la cuestión debe ser remitida a dicho órgano”.

Mediante Orden del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno de 9 de junio de 2014, se dispone dejar en suspenso el plazo para resolver el procedimiento de resolución del contrato *“Adquisición de máquina barredora, nueva o de segunda mano, para el municipio de Ribatejada Prisma 2008-2011”*, adjudicado a A durante el tiempo necesario para la emisión de dictamen del Consejo Consultivo. Consta la notificación a la interesada en esa misma fecha mediante reporte de fax.

La propuesta de resolución se adjunta en forma de proyecto de Orden del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno (con delegación al director general de Cooperación con la Administración Local) en la que se contiene un acuerdo de resolución del contrato *“Adquisición de máquina barredora, nueva o de segunda mano, para el municipio de Ribatejada Prisma 2008-2011”* y la devolución de la garantía definitiva por importe de 2.375 euros a la mercantil A, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 223.h), 225.3 y 225.4 TRLCSP.

El 10 de junio de 2014 el consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno formula la petición de dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre la propuesta de resolución contractual por

incumplimiento del contratista con devolución de la garantía definitiva constituida.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 LRCC.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó el 7 de agosto de 2013, por lo que resulta de aplicación el TRLCSP cuya disposición final única dispone su entrada en vigor al mes siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado (B.O.E.). Por ello, al publicarse en el B.O.E. nº 276, de 16 de noviembre de 2011, la entrada en vigor tuvo lugar el 16 de diciembre de dicho año.

En materia de procedimiento, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*. Por su parte, el artículo 211.3 TRLCSP dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el presente caso la contratista formula alegaciones en las que manifiesta su voluntad de que no se resuelva el contrato, al afirmar que la máquina suministrada es de mejor calidad que la exigida en el pliego por lo que solicitan que se acepte la mejora. No es necesario efectuar una interpretación forzada para considerar que la adjudicataria se opone a la resolución invocando una mejora, por lo que este órgano consultivo entiende que la emisión de dictamen resulta preceptiva en este caso.

Se ha incorporado al procedimiento el informe de la Abogacía General y de la Intervención General de la Comunidad. Sobre esta forma de proceder es doctrina de este Consejo Consultivo que, al no aportar dichos informes hechos nuevos o cuestiones nuevas para la resolución, no generan indefensión a los interesados que obligue a la retroacción del procedimiento (así nuestro Dictamen 410/2013, de 25 de septiembre, entre otros).

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP ni el RGCAP establecen nada al respecto.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y la más reciente de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el Dictamen 527/09 de 20 de mayo. En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar el 11 de marzo de 2014 por lo que el plazo para su caducidad habría tenido lugar el 11 de junio de 2014.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el 9 de junio de 2014 el director general de cooperación con la Administración Local en delegación del consejero de Presidencia y Justicia y portavoz del Gobierno (mediante Orden 1128/2013, de 25 de abril) acordó la suspensión del plazo para resolver el procedimiento por el tiempo necesario para la emisión de dictamen por parte de este Consejo Consultivo, ello es conforme a la dispuesto en el artículo 42.5.c) LRJ-PAC en cuya virtud el plazo para resolver y notificar la resolución se puede suspender

“Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órganos de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada”.

Consta en el expediente notificación del acuerdo de suspensión a la empresa adjudicataria mediante fax, por lo que el plazo para resolver el expediente de resolución contractual sometido a dictamen se encuentra suspendido. Es preciso, no obstante, informar al órgano competente para la resolución del contrato que, una vez levantada la suspensión por haberse emitido el presente Dictamen, solo restarán dos días para resolver el expediente y notificarlo a la contratista.

La emisión de dictamen se ha solicitado con carácter urgente invocando el artículo 109.2 RGC.

Respecto al carácter urgente de la consulta efectuada, debe señalarse la necesidad de motivación por parte del órgano consultante, debido al carácter excepcional de la medida consistente en la reducción de plazos, siendo oportuno recordar, como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen 813/2003, de 27 de marzo) así como este Consejo en anteriores dictámenes (623/12, de 12 de diciembre; 671/12 y 675/12, ambos de 19 de

diciembre; 14/13, de 16 de enero o 59/13, de 20 de febrero, entre otros muchos), que es característica de la Administración consultiva la de operar con sosiego y reflexión, lo que puede quedar frustrado si se le trasladan, en demasía –e injustificadamente, cabe añadir- las exigencias y apremios propios de la Administración activa.

En este caso, el escrito de solicitud de dictamen no justifica expresamente la urgencia, no obstante lo cual, como ha quedado señalado en la consideración anterior, el dictamen se ha emitido dentro del plazo de urgencia, como ha sido solicitado.

TERCERA.- Analizados ya los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato a que se refiere la consulta.

La Administración considera que procede la resolución por la causa del artículo 223. g) TRLCSP: *“Las establecidas expresamente en el contrato”*.

El PCAP indica las causas de resolución del contrato en la cláusula 37 (folio 34):

- La pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración.
- El incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación, sin perjuicio de las penalidades que, en su caso, se pudieran imponer, conforme a lo establecido en la cláusula 21.
- La obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.
- El incumplimiento de la obligación del contratista de respetar el carácter confidencial respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los

que tenga conocimiento con ocasión del mismo, que se indican en el apartado 23 del anexo I.

- El incumplimiento culpable por parte del contratista de lo establecido en la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de Protección y fomento del arbolado urbano de la Comunidad de Madrid, siempre y cuando su conducta haya sido objeto de sanción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2.1 de dicha ley.

Es evidente que entre estas causas no se encuentra la de que el objeto del suministro cumpla los requisitos especificados en el PPT, que es la razón por la que se ha incoado el expediente de resolución tal y como se infiere del acta de no recepción de la barredera así como del informe técnico de 17 de octubre de 2013 realizado por la Subsección Técnica de Planificación con el visto bueno del jefe de Servicio de Obras e Infraestructuras de la Dirección General de Cooperación con la Administración Local.

Ello no obstante, la cláusula 21, en su párrafo quinto establece:

“La Administración, en caso de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato por parte del contratista podrá optar por la resolución del contrato o por las penalidades que se determinen en el apartado 17 del anexo I”.

Entendemos que esta cláusula resulta aplicable al caso objeto del presente dictamen, ya que la ejecución de la prestación consistente en el suministro se cumple por parte del contratista con la entrega de la máquina barredera, ahora bien, solo se cumple parcialmente en tanto en cuanto dicha máquina no reúne los requisitos exigidos en la documentación contractual.

A tenor de lo establecido en la cláusula primera del contrato, ambas partes se comprometen a llevar a cabo la ejecución del contrato de suministro *“con estricta sujeción a lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares (...)”.*

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 suministrada tal y como ha quedado puesto de manifiesto en antecedentes y ha resultado admitido implícitamente por la empresa adjudicataria al afirmar que dicha máquina es de una mayor calidad que la que se indica en el PPT.

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 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.

Por último, este órgano consultivo no puede dejar de pronunciarse, si quiera sea someramente, sobre las alegaciones de la empresa contratista en las que solicita que se admita la mejora en que consistirían, según su versión, las diferentes características de la máquina suministrada en relación con las exigidas en el PCAP. En este sentido, es preciso recordar que el anexo I del PCAP, en su apartado 11 indica con claridad que no procede la admisibilidad de variantes, por lo que dicha mejora no es admisible de acuerdo con lo convenido por ambas partes contratantes.

CUARTA.- Establecida la causa de resolución, han de determinarse las consecuencias de la misma.

El artículo 225.3 TRLCSP establece que:

“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”.

El informe de 25 de febrero de 2014 emitido por la Subsección Técnica de Planificación, con el visto bueno del jefe del Servicio de Obras e Infraestructuras, expone que *“no se han producido daños y perjuicios con valoración económica, ya que el Ayuntamiento de Ribatejada sigue utilizando actualmente los mismos medios de limpieza que antes de la adjudicación, esto es, personal fijo del Ayuntamiento”.*

En la medida en que no hay daños y perjuicios no procede indemnización alguna ni, por lo tanto, incautación de la garantía, que deberá, por lo tanto, ser devuelta o cancelada.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato por la causa de solución prevista en el artículo 223.h) TRLCSP y por la cláusula 21 del PCAP.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto y saber entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 25 de junio de 2014