



DICTAMEN: 398/2019, de 5 de desembre

MATÈRIA: Contractació del sector públic

DEPARTAMENT: Presidència - Ajuntament de Granollers

PONENT: Lluís Saura i Lluvià

DICTAMEN 398/2019, de 5 de desembre. Resolució del contracte adjudicat per l'Ajuntament de Granollers a la mercantil OHL Servicios Ingesan, SA, per a la prestació del servei de neteja i conservació dels espais verds, llacs i fonts ornamentals i àrees de jocs del terme municipal de Granollers

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 5 de desembre de 2019, amb la presidència del Sr. Albert Lamarca i Marquès, actuant com a secretària la Sra. Cristina Figueras i Bosch, amb la participació de les Sres. i els Srs. Maria Mercè Darnaculleta i Gardella, Francesc Esteve i Balagué, Marta Franch i Sager, Alfredo Galán Galán, Francesc Homs i Molist, Marc Marsal i Ferret, Joan Pagès i Galtés, Eva Pons i Parera, Sonia Ramos i González, Joan Manuel Trayter i Jiménez, i Antoni Vaquer i Aloy, i essent-ne ponent el Sr. Lluís Saura i Lluvià, ha aprovat el Dictamen següent:

ANTECEDENTS DE FET

1. El 25 d'abril de 2017, per acord de la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de Granollers, es va adjudicar a la mercantil OHL Servicios Ingesan, SA, el contracte de serveis plurianual per a la prestació del servei de neteja i conservació d'espais verds, llacs i fonts ornamentals i àrees i instal·lacions de jocs del terme municipal de Granollers, per un període comprès entre l'1 de juny de 2017 i el 31 de maig de 2021 (48 mesos). El contracte es va adjudicar per un preu d'1.915.919,45 euros, més IVA, dels quals 1.117.816,13 euros corresponen a la neteja i 798.103,32 euros a la conservació, i es va formalitzar en document administratiu el 23 de maig de 2017.
2. El 6 de juliol de 2017, l'inspector municipal va aixecar l'acta d'inspecció després de la visita tècnica de les zones objecte de la contractació, en què posava de manifest l'existència d'algunes deficiències als jardins.
3. Consten en l'expedient les actes de control aixecades per la tècnica municipal els dies 12 de juliol i 16 d'agost de 2017, sobre l'estat dels parcs, les àrees de joc i les fonts ornamentals; i les dels dies 28 i 29 de novembre i 12 de desembre de 2017 i 3, 6 i 10 d'abril de 2018, sobre l'estat de les zones verdes.
4. Així mateix, hi consten diversos correus electrònics, de 18 d'abril de 2018, i de 16 d'abril i 13 de maig de 2019, de sol·licitud de resposta del qüestionari sobre indicadors i d'informació del mal funcionament del sistema de telegestió de reg.
5. El 16 de maig de 2019, el cap del Servei de Medi Ambient i Espais Verds municipal va emetre un informe en què proposava resoldre el contracte de serveis adjudicat, per incompliment contractual de les propostes de millora i de prestació del servei, que considerava

que tenien caràcter d'obligació essencial del contracte. Valorava, alhora, un import de 317.352,48 euros en concepte de danys i perjudicis.

6. El 23 de maig de 2019, la secretària general de l'Ajuntament va emetre un informe en què proposava incoar el procediment de resolució del contracte, a l'empara de l'article 223.f) del text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, i iniciar l'expedient per a confiscar la garantia definitiva constituïda. Es valoraven, així mateix, els danys i perjudicis en què s'havia d'indemnitzar l'Ajuntament per un import de 317.352,48 euros.

7. El mateix 23 de maig de 2019, la Junta de Govern Local va acordar incoar el procediment de resolució del contracte. En el marc d'aquest acord va disposar que es notifiqués a la contractista, s'iniciés l'expedient per a confiscar la garantia definitiva constituïda i es comunicués l'acord esmentat al Departament de Comptabilitat i al Servei de Medi Ambient de l'Ajuntament. Aquest acord es va notificar a la contractista i a l'entitat avaladora.

8. El 14 de juny de 2019, la contractista va presentar un escrit davant l'Ajuntament en què formulava al·legacions i mostrava disconformitat amb el procediment de resolució contractual iniciat.

9. Mitjançant actes de control de 28 de juny, 5 de juliol i 12 de juliol de 2019, es van posar de manifest determinades deficiències.

10. El 8 de juliol de 2019, la contractista va presentar un segon escrit d'al·legacions.

11. El 15 de juliol de 2019, el cap del Servei de Medi Ambient i Espais Verds de l'Ajuntament va emetre un informe valoratiu de les al·legacions presentades.

12. El 25 de juliol de 2019, la cap del Servei de Contractació i Compres va emetre un informe jurídic, en què conclouia que en vista dels informes que constaven en l'expedient quedava justificada la causa de resolució proposada.

13. El 30 de juliol de 2019, la secretària general va proposar a la Junta de Govern Local remetre l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora, per al dictamen preceptiu, i suspendre'n el termini de resolució fins que no s'emetés el dictamen.

14. El mateix 30 de juliol de 2019, la Junta de Govern Local va acordar remetre l'expedient a aquesta Comissió Jurídica Assessora i suspendre el termini per a resoldre. L'acord esmentat es va notificar a l'asseguradora i a la interessada.

15. El 28 d'agost de 2019, va tenir entrada la sol·licitud de dictamen al Departament de la Presidència, a través de la plataforma EACAT.

16. Els dies 4 i 20 de setembre de 2019, la Subdirecció General d'Assistència Jurídica i d'Innovació a l'Administració Local va requerir a l'Ajuntament de Granollers que presentés la

documentació necessària per a completar l'expedient, la qual cosa va ser atesa l'1 d'octubre de 2019.

17. El 3 d'octubre de 2019, va tenir entrada en aquesta Comissió la petició de dictamen formulada pel secretari d'Administracions Locals i de Relacions amb l'Aran, per delegació, d'acord amb la Resolució PRE/1384/2019, de 21 de maig, de delegació de competències de la persona titular del Departament de la Presidència (DOGC núm. 7882, de 24 de maig de 2019).

FONAMENTS JURÍDICS

I. Objecte del Dictamen

És objecte d'aquest Dictamen la resolució del contracte per a la prestació del servei de neteja i conservació dels espais verds, llacs i fonts ornamentals i àrees de jocs del terme municipal de Granollers, adjudicat per l'Ajuntament d'aquest municipi a la mercantil OHL Servicios Ingesan, SA. El contracte es va adjudicar el 25 d'abril de 2017 i es va formalitzar en document administratiu el 23 de maig següent. El preu d'adjudicació era d'1.915,919,45 euros (més IVA), dels quals 1.117.816,13 euros corresponien a la neteja i 798.103,32 euros a la conservació. El termini de duració es va establir en 48 mesos, amb efectes des de l'1 de juny de 2017 fins al 31 de maig de 2021. No obstant això, es va preveure la possibilitat de pròrroga de mutu acord i d'una manera expressa, sense que la durada de la seva vigència, incloses les pròrrogues, pogués excedir de 72 mesos.

La causa de resolució invocada per l'Ajuntament, de conformitat amb l'informe jurídic de la cap del Servei de Contractació i Compres de data 25 de juliol de 2019, és la prevista en l'article 223.f) del TRLCSP, és a dir, l'incompliment de les restants obligacions contractuals essencials, qualificades com a tals en els plecs o en el contracte. Concretament, en l'informe jurídic esmentat, ratificat per la secretària general de l'Ajuntament en data 16 de setembre de 2019, els incompliments que s'imputen a la contractista són de dos tipus: d'una banda, incompliments de les millores ofertes en la licitació, que, segons s'exposa, tenen caràcter d'obligacions essencials, i, d'una altra, incompliments contractuals en la prestació del servei relacionats amb personal indirecte i altres incompliments relatius a les freqüències de neteja i manteniment; i, finalment, els referits al traspàs d'informació respecte al seguiment del servei.

II. Intervenció de la Comissió Jurídica Assessora

La intervenció de la Comissió Jurídica Assessora s'efectua d'acord amb l'article 8.3.c) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, reguladora d'aquest òrgan consultiu, que n'estableix la intervenció preceptiva quan es tracta de resolucions de contractes en els casos que preveu la normativa de contractació administrativa, la qual es configura actualment en l'article 191.3.a) de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es traslladen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i

2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), que estableix la intervenció preceptiva de l'òrgan consultiu autonòmic per a l'exercici de la prerrogativa de resolució de contractes quan hi hagi oposició del contractista; i en el mateix sentit s'expressa l'article 109.1.d) del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre (RGLCAP).

En el procediment que se sotmet a dictamen, la contractista s'ha oposat expressament a la resolució del contracte mitjançant els escrits de les al·legacions formulades.

III. Naturalesa del contracte i règim jurídic aplicable

El contracte objecte del present Dictamen és un contracte administratiu de serveis dels tipificats en l'article 10 del TRLCSP, tal com es deriva de la clàusula segona del document de formalització de data 23 de maig de 2017, subscrit per l'alcalde de Granollers, d'una banda, i pel representant de la mercantil OHL Servicios Ingesan, SA, de l'altra.

En relació amb la determinació de la normativa aplicable al contracte que s'examina, tal com reiteradament ha recordat aquesta Comissió (entre d'altres, dictàmens 169/2018, 293/2018, 124/2019, 168/2019, 218/2019, 223/2019 i 301/2019), cal diferenciar entre la regulació del procediment de resolució contractual i la que resulta aplicable als aspectes substantius relatius als efectes, el compliment i l'extinció del contracte.

El procediment de resolució contractual s'ha de regir per la normativa vigent en el moment d'iniciar-se. En el present cas, l'acord d'inici del procediment de resolució es va adoptar el 23 de maig de 2019, quan ja era vigent l'LCSP, que va entrar en vigor el 9 de març de 2018; per tant, s'han d'observar les regles que s'hi estableixen i, subsidiàriament, les de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC), d'acord amb allò que s'estableix en la disposició final quarta de l'LCSP. També resulta d'aplicació la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

Pel que fa als aspectes substantius o de fons, cal tenir en compte, per a determinar la normativa aplicable, allò que estableix la disposició transitòria primera de la vigent LCSP, que determina que els contractes adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei es regeixen, pel que fa als efectes, compliment i extinció, inclosa la modificació, duració i règim de pròrroques, per la normativa anterior.

En l'expedient que s'analitza, com s'ha dit, el contracte es va adjudicar per Acord de la Junta de Govern Local de data 25 d'abril de 2017. Per tant, abans que entrés en vigor la nova LCSP. Així, doncs, el règim jurídic aplicable pel que fa al fons, d'acord amb la disposició transitòria primera de l'LCSP, esmentada, i la clàusula segona del document de formalització, està configurat per les normes següents: la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer, sobre la contractació pública; el TRLCSP, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre; el Reial decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es

desplega parcialment la Llei 30/2007, de contractes del sector públic; el Reglament general de la Llei de contractes, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre; el Reial decret 773/2015, de 28 d'agost, pel qual es modifiquen determinats preceptes de l'RGLCAP; el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril (TRLMRLC), i el Reial decret 2/2012, de 13 de juliol, de mesures per a garantir l'estabilitat pressupostària i el foment a la competitivitat. Supletòriament, es regeix en allò que no estigui previst, per les normes de dret privat.

IV. Consideracions de forma i procediment

IV.1. La competència per a incoar el procediment de resolució del contracte

La normativa reguladora de la contractació del sector públic no determina expressament l'òrgan competent per a incoar el procediment de resolució contractual. En efecte, la nova LCSP, com també succeïa amb la normativa anterior –TRLCSP i RGLCAP–, no conté cap precepte relatiu a aquest aspecte concret del procediment. No obstant això, aquesta Comissió Jurídica Assessora s'ha pronunciat en altres ocasions (entre d'altres, dictàmens 60/2017, 200/2018, 170/2018, 168/2019 i 301/2019) en el sentit que, davant la manca d'indicació legal expressa, cal entendre que la competència correspon al mateix òrgan que la té atribuïda per a resoldre el contracte, és a dir, a l'òrgan de contractació (articles 212.1 de l'LCSP i 109 de l'RGLCAP).

En el procediment de resolució que se sotmet a dictamen, el contracte va ser adjudicat per la Junta de Govern Local el 25 d'abril de 2017 i el procediment de resolució s'ha incoat també per l'esmentada Junta de Govern Local, per tant, per l'òrgan competent.

IV.2. Procediment de resolució contractual

Segons l'article 212.1 de l'LCSP, la resolució del contracte s'ha d'acordar "seguint el procediment que les normes de desplegament d'aquesta Llei estableixi". A manca d'aquest desplegament reglamentari, cal entendre feta aquesta remissió legal a l'encara vigent RGLCAP, en concret, a l'article 109, que, amb observança a les regles previstes en l'article 191 de l'LCSP, subjecten la resolució del contracte als requisits següents: audiència al contractista per un termini de deu dies naturals en el cas de proposta d'ofici, audiència pel mateix termini anterior de l'avalador o assegurador si es proposa confiscar la garantia –com és el supòsit que s'analitza–, informe del servei jurídic i dictamen de l'òrgan consultiu quan es formuli oposició del contractista, com ara és el cas.

En l'expedient examinat es constata que s'han respectat les estipulacions referides, per tal com hi consta que s'ha atorgat el tràmit d'audiència i vista de l'expedient a la mercantil titular del servei, la qual va formular-hi al·legacions en contra, mitjançant escrits de dates 14 de juny i 8 de juliol de 2019. Així mateix, es va notificar la iniciació del procediment a l'entitat avaladora, la qual no hi ha formulat cap al·legació.

També consten en l'expedient els informes següents:

- Un primer informe, de 16 de maig de 2019, del cap del Servei de Medi Ambient i Espais Verds, en què proposa la resolució del contracte de serveis adjudicat, per incompliment contractual de les propostes de millora, i en el qual posa de manifest els incompliments detectats que justifiquen iniciar el procediment de resolució.
- Un segon informe, del mateix cap de departament, de 15 de juliol de 2019, en què efectua una valoració detallada de les al·legacions formulades per la contractista.
- L'informe jurídic emès per la cap del Servei de Contractació i Compres de data 25 de juliol de 2019, en què es proposa la resolució del contracte per incompliment de condicions essencials del contracte.
- L'informe referit ha estat assumit i confirmat per la secretària general en un escrit de data 16 de setembre de 2019, en el qual fa constar la seva conformitat amb l'informe jurídic emès pels serveis de contractació de l'Ajuntament de Granollers.

Ahora, l'alcalde de Granollers, en un escrit de data 16 de setembre de 2019, va fer constar que la Junta de Govern Local havia aprovat el 30 de juliol de 2019 la remissió de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.

Pel que fa a la conformació de l'expedient, cal destacar que, si bé s'hi incorpora la documentació relativa al procediment de licitació contractual, no s'hi han incorporat tots els documents vinculats directament amb els eventuais incompliments adduïts, com ara la manifestació expressa de la contractista durant l'onzè mes d'execució del contracte de la impossibilitat d'executar les prestacions pactades, degut a la impossibilitat de poder assumir les despeses que comporta la realització de les millores proposades a l'oferta. Aquesta informació, no obstant això, s'extrau de l'informe de 16 de maig de 2019 del cap del Servei de Medi Ambient i Espais Verds i de l'informe jurídic de data 25 de juliol de 2019.

L'expedient està degudament indexat, però no està paginat. S'ha donat compliment parcial, doncs, a les previsions de l'article 46.2 de la Llei 26/2010 i de l'article 70 de l'LPAC, i a allò que disposa l'article 27.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Comissió Jurídica Assessora, aprovat pel Decret 69/2006, d'11 d'abril.

IV.3. El termini per a resoldre i notificar

En relació amb el termini màxim per a resoldre l'expedient de resolució del contracte i notificar-ne la resolució, cal manifestar que en l'article 212.8 de la nova LCSP, que és l'aplicable per raons temporals, s'estableix que els expedients de resolució contractual s'han d'instruir i resoldre en el termini màxim de vuit mesos. El còmput del termini de resolució, en aquest cas, de vuit mesos, es pot suspendre fins que la Comissió Jurídica Assessora no n'emeti el dictamen o fins que no hagi transcorregut el termini per a emetre'l, si el dictamen té caràcter preceptiu –com és el cas de la resolució contractual– i és determinant per a la resolució del

procediment, tal com es preveu en l'article 11 de la Llei 5/2005, de 2 de maig, institucional de la Comissió. Aquesta suspensió no pot excedir en cap cas dels tres mesos, d'acord amb el que estableix l'article 22.1, lletra d), de l'LPAC.

En el present expedient, el procediment es va iniciar per l'Acord de la Junta de Govern Local de data 23 de maig de 2019, i, el 30 de juliol següent, la Junta de Govern Local va acordar suspendre el procediment i trametre l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora. Així, doncs, el procediment no ha caducat, en no haver transcorregut els vuit mesos, més els tres mesos de suspensió que permet la llei, i és procedent entrar a examinar el fons de l'assumpte.

V. Consideracions sobre el fons de l'assumpte

El 12 de juliol de 2016, el cap del Servei de Medi Ambient i Espais Verds de l'Ajuntament de Granollers va proposar l'inici del procediment de licitació corresponent, per tal de cobrir el servei necessari de neteja i conservació dels espais verds, llacs i fonts ornamentals i àrees de jocs d'aquest terme municipal. El 25 d'octubre de 2016, la Junta de Govern Local va aprovar la contractació del contracte de serveis referit, els plecs de clàusules administratives particulars i el plec de prescripcions tècniques que havien de regir la tramitació de l'expedient, mitjançant procediment obert, subjecte a regulació harmonitzada i tramitació ordinària, i es va acordar convocar-ne la licitació.

Per Acord de la Junta de Govern Local de data 7 de desembre de 2016, es va aprovar la modificació del plec de clàusules administratives particulars (PCAP) i del plec de prescripcions tècniques, en haver-se detectat un error material en relació amb la clàusula que regulava l'apreciació d'ofertes desproporcionades o anormals i es va ampliar el termini de presentació d'ofertes. Prèviament se n'havia suspès la licitació.

A la licitació van presentar oferta onze mercantils: Ambitec Servicios Ambientales, SAU; OHL Servicios Ingesan, SA; Eulen, SA; UTE Moix-Drim-Bell-lloc; Parcs i Jardins de Catalunya, SL; Urbaser, SA; Fomento de Construcciones y Contratas, SA; Valoriza Servicios Medioambientales, SA; UTE Bròcoli, SL/Serveis Integrals de Finques Urbanes, SL; Ambientalía World, SL, i Ferrovial Servicios, SA.

L'adjudicatària va ser OHL Servicios Ingesan, SA, per Acord de la Junta de Govern Local de 25 d'abril de 2017, i es va formalitzar en document administratiu el 23 de maig següent.

En dates 16 d'agost i 28 de novembre de 2017, es van aixecar sengles actes de control signades pel representant de l'Ajuntament i de la contractista de resultes de la visita tècnica de les zones objecte de contracte, i es van determinar algunes actuacions a resoldre. Mitjançant correus electrònics de dates 18 d'abril de 2018, 16 d'abril de 2019 i 13 i 29 de maig de 2019, el responsable del contracte va requerir a la contractista que solucionés els problemes detectats en relació amb el sistema de telegestió, atès que 57 programadors dels 168 no funcionaven, o per falta de pila, o de connectivitat, o de falta de manteniment o aparells

malmesos. A banda, se'ls instava a reportar una determinada informació per a poder completar els indicadors del manteniment verd urbà municipal, entre d'altres extrems.

Segons s'infereix dels informes municipals (de 16 de maig i de 25 de juliol de 2019), als quals s'ha fet referència anteriorment (tot i que no consta cap escrit de la contractista), durant l'onzè mes d'execució del contracte, l'adjudicatària va posar de manifest al responsable del contracte la impossibilitat d'executar les prestacions pactades, degut a la impossibilitat de poder assumir les despeses que comportaven la realització de les millores proposades a l'oferta. I davant la impossibilitat de resolució de mutu acord, atesos els greus incompliments detectats, es van detallar els fets que podien ser constitutius de causa de resolució del contracte per incompliment d'obligacions contractuals essencials.

En aquest context s'emmarca el procediment de resolució contractual que se sotmet a dictamen.

V.1. Causes de resolució que s'invoquen

Si bé en l'acord d'incoació es van considerar dues causes d'incompliment, la de la lletra f) i la de la lletra i) de l'article 223 del TRLCSP, aquesta darrera –es refereix a les que s'assenyalin específicament per a cada categoria de contracte en la mateixa Llei– ha decaigut en l'informe jurídic (que fa de proposta de resolució), però en l'escrit d'al·legacions de la contractista s'hi fa referència.

De l'expedient examinat es deriva que només s'adueix, com a causa de resolució del contracte, la prevista en l'article 223.f) del TRLCSP, segons el qual constitueix causa de resolució contractual l'incompliment de les restants obligacions contractuals essencials, qualificades com a tals en els plecs o en el contracte.

No obstant això, tot i que els incompliments que finalment s'imputen a la contractista en la proposta de resolució són incompliments de les millores ofertes, que es considera que tenen el caràcter d'obligacions essencials, es diu també que hi ha altres incompliments d'obligacions incloses en el plec de prescripcions tècniques, tots imputables a la contractista, els quals determinen la impossibilitat d'executar el contracte amb subjecció a les seves clàusules i amb el previst en els plecs, que el defineixen d'acord amb les instruccions que per a la seva interpretació doni al contractista l'Administració.

V.1.1. La resolució per incompliment d'obligacions que es consideren essencials

Pel que fa a les millores ofertes per la contractista, en l'informe tècnic de data 16 de maig de 2019 del cap del Servei de Medi Ambient i Espais Verds, responsable del contracte, i a partir del qual s'inicien els tràmits per a procedir-ne a la resolució, es posa de manifest que l'adjudicatària es va comprometre a portar a terme les millores proposades en l'oferta presentada, i afirma que tenen caràcter d'obligació essencial i que van ser les que van decantar l'adjudicació a favor seu. Es posa de manifest que són obligacions contractuals essencials per al contractista, ja que les millores ofertes formen part del contracte juntament

amb el plec de prescripcions tècniques i amb el PCAP i tenen vinculació amb l'objecte principal del contracte del servei de neteja i conservació dels espais verds, llacs i fonts ornamentals del municipi, per la qual cosa afirma que l'incompliment pot comportar la resolució contractual.

Segons indica, i s'observa en la proposta de l'adjudicatària, aquestes millores són de quatre tipus:

a) Millores del servei que cal executar anualment i que es concreten en un servei de guàrdia de 24 hores (200 actuacions l'any) i un servei de neteja extra en festius (1.056 hores l'any).

b) Millores en matèria de sostenibilitat i que es concreten en una modificació del sistema de reg automàtic de 62.952,23 m², de parterres de gespa de reg per nebulització (aspersió i difusió) a reg localitzat per degoteig. I un percentatge del 100 % de retorn anual dels residus vegetals generats durant cada any en forma de triturat.

c) Millores tecnològiques que consisteixen en el subministrament i la instal·lació de 10 programadors autònoms de 4 estacions.

d) Millores que afecten les àrees de jocs infantils, que es van concretar en la substitució del cautxú continu de la plaça de la Corona, d'acord amb la normativa de seguretat prescrita en el plec de prescripcions tècniques; la instal·lació d'un sorral de seguretat a la sortida del tobogan del talús del Parc Torras Vilà i el subministrament i la instal·lació de dos rètols informatius d'àrees de jocs infantils.

En la conclusió de l'informe tècnic citat es proposa al Servei de Contractació i Compres que s'iniciï un procediment de resolució contractual per incompliment de les propostes de millora i de prestació del servei, que, segons afirma, tenen caràcter de condició essencial, i calcula una indemnització per danys i perjudicis a l'Ajuntament de 317.352,48 euros.

En definitiva, considera que queda justificada jurídicament la causa de resolució del contracte prevista en l'article 223.f) del TRLCSP, i que, com que no és possible la modificació del contracte conforme a allò previst en l'apartat IX.1 del PCAP i la voluntat del contractista no és la de donar compliment a les obligacions assumides en la seva oferta, n'és procedent la resolució, en aplicació de les clàusules IX.2, X.1, X.4, X.6 i XIII del PCAP, amb els efectes que es determina en l'article 209 del TRLCSP. A l'últim, posa de manifest que, atès que l'incompliment és culpable, la contractista ha d'indemnitzar l'Administració dels danys i perjudicis ocasionats, i que s'han concretat en els informes tècnics.

Tenint en compte que en l'escrit d'al·legacions la contractista considera que les millores que es configuren com a essencials no tenen aquest caràcter, en la mesura que la nota d'essentialitat de les obligacions és determinant de l'aplicació de l'article 223.f) que s'invoça, és procedent analitzar si realment les millores ofertes per la contractista tenen, o no, aquesta condició, i ja s'avança que a criteri d'aquest òrgan consultiu no la tenen.

Si s'analitza el plec de clàusules administratives particulars que regeix la licitació de la contractació del servei, es constata que en parlar, en l'apartat III.5, dels criteris d'adjudicació, en el punt B) s'estableixen els criteris avaluable d'una manera automàtica. Un d'aquests és l'oferta econòmica (B1) i els altres es refereixen a les millores del servei (B2). Dins d'aquest apartat, el plec conté quatre tipus de millores que es poden oferir: B2.1, servei de guàrdia 24 hores; B2.2, servei de neteja extra en festius; B2.3, millores en matèria de sostenibilitat; B4, millores tecnològiques, i B5, millores que afecten les àrees de jocs infantils. En cadascun d'aquests subapartats s'explica quin ha de ser el contingut substancial i l'abast de la millora que es pot presentar. En consideració a aquesta base, en l'expedient consta que totes les empreses van oferir millores en cadascun dels àmbits esmentats. No obstant això, en el plec en cap moment es diu que aquestes millores tenen caràcter d'essencials.

Si es desplaça l'anàlisi al contingut del contracte signat amb l'adjudicatària, es comprova que, quan s'explica l'adjudicació que es fa a la guanyadora, i en concret es fa referència a les millores, l'únic que es diu és que "totes hauran d'estar executades per l'empresa adjudicatària abans del primer any del contracte, amb subjecció als plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques particulars i la documentació aportada pel contractista", però tampoc no es diu que les millores tinguin la consideració d'essencials en el contracte.

Analitzant el clausulat del contracte, s'observa que en la clàusula sisena, en què es parla de les "condicions especials d'execució", de conformitat amb allò que indica l'article 118.2 del TRLCSP, els plecs sí que diuen que "aquestes condicions especials d'execució del contracte es consideren obligacions contractuals essencials als efectes previstos a l'article 223.f) del TRLCSP". Això permet avançar que, quan l'Administració que ha aprovat el plec ha volgut que determinats tipus d'obligacions tinguin la consideració d'essencials, ho ha indicat expressament en el mateix plec.

Quan la clàusula setena, que es refereix exclusivament a les "millores", incorpora al contingut obligacional del contracte el contingut de les millores ofertes per l'empresa en matèria de servei, sostenibilitat, tecnològiques i relatives a les àrees de jocs infantils, es limita a reiterar el que diu l'acord d'adjudicació, és a dir, que "totes aquestes millores hauran d'estar executades per l'empresa adjudicatària abans del primer any del contracte, amb subjecció als plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques particulars i la documentació aportada pel contractista".

La clàusula onzena, que es refereix a les "Obligacions del contractista", estableix l'obligació del contractista adjudicatari de complir les obligacions descrites en els plecs i "especialment a: presentar cada sis mesos al responsable del contracte de l'Ajuntament de Granollers, una relació del personal adscrit a l'execució del contracte indicant les mateixes dades que hauran de coincidir amb els annexos de subrogació del personal que consten en el plec tècnic, d'acord amb la clàusula X9, així com la resta de documents de control i supervisió en la freqüència estipulada"; però sense que digui que les obligacions generals, ni les millores oferides, ni la que conté la mateixa clàusula, tinguin caràcter d'essencials.

Finalment, la clàusula dotzena, sobre “Incompliment d’obligacions”, diu que “Quan el contractista, per causes imputables a aquest, hagués incomplet l’execució parcial de les prestacions definides en el contracte, l’Administració podrà optar, indistintament, per la seva resolució o per la imposició de penalitats que es determinin en els plecs de clàusules administratives particulars, sense perjudici dels supòsits especificats al plec de prescripcions tècniques particulars”. I estableix que “s’imposaran penalitats al contractista quan s’incorri en alguna de les causes previstes a continuació”, i s’enuncien les següents: a) incompliment de les condicions especials d’execució; b) compliment defectuós, i c) demora en l’execució del contracte. En aquesta clàusula no es fa cap referència específica als incompliments que puguin donar lloc a la resolució del contracte.

Dit això, el plec de clàusules administratives particulars, en l’apartat X.2, de les “Obligacions del contractista de caràcter específic”, diu, en l’apartat i), que “El contractista quedarà vinculat per l’oferta que hagi presentat, el compliment de la qual, en tots els seus termes, tindrà el caràcter d’obligació essencial del contracte”. L’aplicació d’aquesta clàusula al marge del context exposat portaria al fet que l’incompliment, pel contractista, no de les millors ofertes, sinó de qualsevol de les obligacions que formen part de la seva oferta, donaria lloc a la resolució del contracte, buidant de contingut tots els preceptes als quals s’ha fet referència anteriorment. Aquesta Comissió s’ha pronunciat en dictàmens anteriors en el sentit que “Amb l’LCSP de 2017, s’han incrementat encara més els requeriments aplicables a aquesta causa de resolució contractual, ja que, a més d’exigir que les obligacions essencials estiguin qualificades com a tals en els plecs o en el corresponent document descriptiu, es també necessari que hi concorrin dos requisits addicionals: 1) Que aquestes clàusules respectin els límits que preveu la mateixa llei pel que fa a la llibertat de pactes (art. 34.1 LCSP); i 2) Que figurin enumerades d’una manera precisa, clara i inequívoca en els plecs o en el document descriptiu, i no són admissibles clàusules de tipus general” (Dictamen 183/2018). També el Consell d’Estat en el Dictamen 1116/2015, de 10 de març, sobre l’avantprojecte de la Llei de contractes del sector públic, va posar de manifest que «[...] *descartándose “cláusulas de tipo general”. En otras palabras, se trata de impedir que el pliego configure como obligaciones esenciales cuyo incumplimiento determine la resolución contractual todas las obligaciones asumidas por el contratista*».

Amb independència d’això, no és sobrer recordar que l’LCSP vigent ha vetat l’admissibilitat de clàusules de tipus general a l’hora de definir les obligacions essencials (article 211.f)), tot i que no resulta directament aplicable per raons cronològiques.

Amb els antecedents que s’acaben d’exposar no és possible considerar, com es fa en els informes que formen part de l’expedient, que les millors ofertes per l’adjudicatària tinguin la condició d’obligacions contractuales essencials perquè no estan qualificades com a tals en el contracte. En conseqüència, no és possible informar favorablement sobre la causa de resolució que invoca l’Ajuntament.

V.1.2. Els incompliments denunciats i la possibilitat de donar lloc a la resolució del contracte

Amb independència del que s'ha indicat fins ara, cal determinar si els incompliments denunciats poden justificar la resolució del contracte per part de l'Ajuntament. Per tal de poder determinar si han existit els incompliments adduïts i en els termes que indica l'Administració, resulta procedent analitzar en primer terme els plecs i el contracte.

– L'incompliment de les millores del servei previstes en el plec de clàusules administratives particulars

Tot i que en els informes emesos per l'Ajuntament no es concreta quins han estat els incompliments del servei de guàrdia, la contractista en l'escrit d'al·legacions adueix, en síntesi, el següent: pel que fa a les millores del servei que es concreten en un servei de guàrdia 24 hores (200 actuacions l'any), manifesta que és un servei a demanda, com es dedueix del contingut i abast previst en el PCAP, que només es presta en el cas que resulti necessari, motiu pel qual es compleix el contracte garantint la disponibilitat dels mitjans humans i materials per a prestar aquest servei. I, pel que fa al servei de neteja extra en festius (1.056 hores l'any), exposa que també és un servei a demanda que s'ha de prestar amb posterioritat a la realització d'activitats lúdiques i festives que es portin a terme fora de l'horari habitual del servei i en dies festius. Manifesta que ha realitzat totes les tasques que el servei ha demandat fora de l'horari habitual i en dies festius, i que també es tracta de prestacions a demanda no determinables a priori. En l'informe aportat per la contractista, de data 8 de juliol de 2019, incorporat com a document annex (document 1) a l'escrit d'al·legacions, la contractista afirma que s'han realitzat els serveis sota les peticions i indicacions dels serveis tècnics de l'Ajuntament. En aquest sentit, aporta com a document A el protocol en cas d'urgència establert per la direcció tècnica i un informe de l'actualització realitzada durant les ventades de setembre, i un document B, de planificació de la neteja dels espais verds durant la festa major.

En l'informe valoratiu de les al·legacions, s'indica, en relació amb aquesta millora, que actualment s'estan sol·licitant aquestes actuacions i que es valorarà al final del procés. Manifesta que l'empresa ha d'informar setmanalment de les actuacions realitzades i es remet al plec de prescripcions tècniques (cap. V). Manifesta que fins al moment no tenen informació de cap actuació feta de les sol·licitades els mesos de juny i juliol. Això porta a concloure, pel que fa a aquesta millora del servei, que no es pot reconèixer un incompliment, sens perjudici que, com afirma l'Administració, ho valorarà al final del procés.

– Les millores en matèria de sostenibilitat

Pel que respecta a les millores en matèria de sostenibilitat, és a dir, la modificació del sistema de reg automàtic de 62.952,23 m² de parterres de gespa de reg per nebulització a reg per degoteig, es considera que hauria d'haver estat feta abans del primer any del contracte i que han quedat pendents d'execució 45.994,26 m², i afirma que l'empresa només ha executat 18.958,00 m², que suposa el 25 % de la millora. Això ho considera un incompliment molt greu,

ja que aquesta millora diu que va ser fonamental per a guanyar el concurs de prestació del servei.

En aquest sentit, de l'expedient tramès es desprèn, certament, que aquesta millora oferta va ser amb molta diferència la més alta (va obtenir 7 punts), però cal tenir en compte que, d'una puntuació obtinguda de 80,74 punts totals, suposa un percentatge d'un 8,67 %. Així mateix, dels documents incorporats es pot afirmar que aquesta millora s'ha executat en un 25,9 %, durant el primer any del contracte, la qual cosa comporta que sigui dubtós afirmar el seu incompliment com a molt greu. De conformitat amb el que preveu la clàusula X.6 del PCAP, que regula les penalitats per demora i execució defectuosa, s'imposen penalitats al contractista (lletra c)) quan aquest, per causes que li fossin imputables, presenti una demora en el termini d'execució del contracte, total o parcial, i s'aplicarà el que estableix l'article 21 del TRLCSP pel que fa a la imposició d'aquestes penalitats.

En els informes també s'afirma que en aquests metres quadrats de superfície a modificar no s'ha executat cap ressembla del soterrament de les canonades tal com prescriu la millora (no hi ha cap mostra documental ni gràfica de l'execució d'aquests treballs). Alguna de les zones executades encara no funciona (jardins de Voluntaris 92) i per això s'està morint la jardineria. Es diu que, en l'estudi econòmic aportat per la contractista el 31 de març de 2017, es va posar de manifest una clara voluntat de fer encaixar unes millores amb imports simbòlics, en cap cas reals, ni creïbles, fet que es va posar de manifest en l'informe final d'adjudicació emès pel cap del Servei de Medi Ambient i Espais Verds. I afegeix que "[...] el Servei de Medi Ambient i Espais Verds, malgrat seguir considerant que la proposta per si mateixa és econòmicament deficitària, interpreta i adopta l'estudi econòmic presentat per l'empresa com una proposta d'intencions i voluntats, on sí es deixa molt clar que la delegació a Catalunya de l'empresa OHL Servicios Ingesan, SA, absorbirà les despeses generals i dotarà la contracta de tots aquells recursos necessaris directes i indirectes per complir amb les prescripcions tècniques i normatives establertes en el plec i executarà totes les millores i ofertes que els han permès assolir la màxima puntuació en la licitació [...]".

Pel que fa al percentatge del 100 % de retorn anual dels residus vegetals generats durant cada any en forma de triturat, manifesta que en cap de les dues anualitats transcorregudes s'ha aportat material procedent dels residus vegetals generats en la prestació del servei; diu que no tenen cap document ni constància d'aquest fet. Assenyala que en dates 18 d'abril de 2018 i 16 d'abril de 2019 es va demanar per correu electrònic al tècnic de la contracta un seguit de dades, una de les quals són les tones de residus vegetals generats, i que no s'ha rebut cap resposta per part d'OHL.

La contractista manifesta que ha realitzat múltiples millores que han estat obviades per l'informe tècnic i que consten en un document adjunt. Addueix, així mateix, que, contràriament al que diu l'Ajuntament, el cost d'execució dels metres quadrats restants ascendeix a 47.465,20 euros i no a 261.764,30 euros, de conformitat amb diversos escrits que va acceptar el consistori, i que s'ha omès que la citada millora està en gran manera executada. Sobre el percentatge del 100 % de retorn anual dels residus vegetals, afirma que l'Ajuntament mai no

ha demanat aquesta prestació, i explica que, òbviament, té a disposició del consistori els residus esmentats, motiu pel qual no es pot afirmar que hagi existit incompliment.

La contractista afirma que, en l'informe tècnic emès pel cap del Servei de l'Ajuntament el 16 de maig de 2019, s'exposa que en aquesta millora falten per executar 43.949,26 m², amb un cost de 261.764,30 euros. Manifesta que en la justificació que es va registrar en l'Ajuntament el 31 de març de 2017, i que va ser acceptada, el cost d'aquesta millora era la conservació del reg per degoteig de 62.952,23 m², a 1,08 euros/m², que comporta que els 43.949,26 m² restants tinguin un cost d'execució de 47.465,20 euros. Sosté que la reconversió del reg a degoteig que han realitzat fins el dia d'avui, d'acord amb les actuacions que es detallen, equivalen a un total de 18.958 m².

– Les millores tecnològiques

En relació amb les millores tecnològiques, és a dir, el subministrament i la instal·lació de 10 programadors autònoms de 4 estacions, afirma que no s'han fet el segon any del contracte, vençut a 31 de maig de 2019.

La contractista exposa que consisteixen en el subministrament i la instal·lació de 10 programadors autònoms de 4 estacions, i que sí que en va aportar 10 de la marca Samcla, en els termes i les fases que indica en la documentació adjunta.

– Les millores que afecten les àrees de jocs infantils

Quant a les millores que afecten les àrees de jocs infantils que haurien d'haver-se executat abans del primer any del contracte, es remet al document 1 presentat per la contractista, en què es diu que no s'ha executat cap d'aquestes millores durant el primer any de la contracta, però cal tenir en compte que això no impedeix que s'executin i que el retard en l'execució mereixi la resposta proporcionada per part de l'Administració, mitjançant la imposició de penalitats, en els termes que preveu el plec de condicions que regeix el contracte.

– Les denominades altres millores proposades en l'oferta de l'empresa

Pel que respecta als incompliments contractuals generals en la prestació del servei, en l'informe tècnic esmentat s'assenyalen tres tipus d'incompliments, referits a personal indirecte; a l'incompliment d'especificacions tècniques recollides en el plec de prescripcions tècniques relatives a freqüències de neteja i manteniment, i al traspàs d'informació respecte al seguiment del servei.

Aquestes millores es concreten en el compromís de contractar el subministrament elèctric amb una empresa que garanteixi que la font és 100 % renovable. De la no constància d'adquisició de tota la maquinària elèctrica proposada, sobre determinat personal que es posa en dubte i sobre suposats incompliments de les especificacions tècniques recollides en el plec de prescripcions tècniques, la contractista les rebutja i, alhora, afirma que durant tot el termini del contracte l'Ajuntament no ha comunicat ni una sola incidència.

– Altres incompliments

L'informe jurídic de la cap del Servei de Contractació i Compres de data 25 de juliol de 2019 posa de manifest que dels diferents informes tècnics d'incoació del procediment i dels valoratius de les al·legacions formulades per la contractista s'evidencia l'existència de diferents incompliments contractuals de caràcter molt greu, que deriven tant de la inexecució de les millores ofertes com de l'incompliment d'altres obligacions establertes en el plec de clàusules tècniques, i que venen relacionades amb les comunicacions, els correus electrònics intercanviats i les reunions mantingudes entre el responsable municipal del contracte i l'adjudicatària, i que fàcticament fonamenten la resolució contractual en el PCAP, clàusula X.2.

V.2. El parer de la Comissió Jurídica Assessora

La prerrogativa que té l'Administració de resoldre els contractes administratius, recollida en els articles 210 i 223 del TRLCSP, aplicable a aquest cas per raons temporals –i que es corresponen amb els articles 190 i 211 de l'LCSP–, és un poder exorbitant que queda justificat quan així ho requereixi l'interès públic inherent a qualsevol contracte de l'Administració, per la qual cosa és necessari apreciar d'una manera estricta les causes que habiliten la resolució contractual en el context dels fets acreditats en l'expedient. Així ho ha reiterat aquesta Comissió, entre d'altres, en els dictàmens 314/2015, 231/2016, 38/2017, 293/2017, 292/2018, 115/2019, 218/2019, 232/2019 i 301/2019.

Aquesta Comissió s'ha pronunciat en dictàmens anteriors sobre com s'ha de valorar l'incompliment i quina gravetat ha de tenir aquest per a justificar la resolució del contracte.

Així, en el Dictamen 46/2017 s'ha dit, pel que fa al primer punt, que els incompliments s'han de valorar “en el context de la prestació, complexa, a la qual restava obligada l'adjudicatària, de la incidència que va tenir el funcionament inicial en els usuaris del servei i també en funció de la repercussió que tot el que va succeir durant els primers dies de la prestació va tenir en la imatge de l'Ajuntament [...]”. I, en relació amb la segona qüestió, el mateix Dictamen indica que els incompliments “s'han de considerar incompliments essencials en la mesura que afecten d'una manera molt rellevant el mateix funcionament del sistema [...] i, per tant, a l'essència dels serveis que la contractista havia de dur a terme, per la qual cosa és procedent la resolució del contracte”.

En el Dictamen 189/2017 se cita la Sentència de 27 de març de 1987 del Tribunal Suprem, la qual “determina que la resolució contractual només s'ha d'adoptar quan estigui plenament justificada, ja que la prudència aconsella, excepte en casos extrems, no trencar l'atmosfera de concòrdia i col·laboració que ha de regnar en les relacions contractuals administratives, atès que el pitjor per a tots sempre és una resolució contractual”.

En el Dictamen 170/2018, recordant el que ja s'ha afirmat en dictàmens anteriors, com els dictàmens 5/2016 i 138/2016, es diu que “Com ja se sap, la doctrina i la jurisprudència venen mantenint que no tot incompliment és causa de resolució, sinó que el principi de

proporcionalitat exigeix que es tracti d'incompliments rellevants i no nimis o sense transcendència, i per això cal interpretar-los a la vista de la naturalesa i la realitat del contracte”.

El contracte que ara s'examina té per objecte la prestació del servei de neteja i conservació dels espais verds, llacs, fonts ornamentals i àrees i instal·lacions de jocs del terme municipal de Granollers, que compta amb una superfície aproximada de 15 km² i una població de 60.000 habitants, tots ells usuaris dels llocs on es duu a terme l'activitat de neteja i conservació contractada. El contingut de les prestacions principals del contracte, de conformitat amb la clàusula 2 del plec de prescripcions tècniques, és el següent:

En relació amb els espais verds, comprèn la conservació integral de tots els jardins, parcs, places, parterres, rotondes, mitjanes, jardineres, escocells i, en definitiva, tots els elements o espais verds o de jardineria compresos als barris de Ponent, Congost, Can Gili, Polígon Industrial Jordi Camp, Can Mònic, el Lledoner, l'Hostal, Joan Prim Centre, Granollers Nord, Font Verda, Palou, Can Bassa, Polígon Industrial de Can Muntanyola, Tres Torres i Sant Miquel i part del polígon industrial de Sant Julià.

Quant a les àrees de joc, comprèn totes les àrees de jocs infantils/esportius de Granollers ubicades en places, jardins, parcs i equipaments municipals. Per àrea de joc s'entén el recinte encerclat per la tanca perimètrica i, si no n'hi ha, els elements de joc infantil i sorrals amb la seva àrea de seguretat amb els cartells informatius, els bancs, tanques i papereres.

En relació amb els llacs i fonts, comprèn la neteja i el manteniment de la qualitat de l'aigua de les fonts ornamentals i els estanys i de les seves instal·lacions i circuits situats a parcs, places i jardins de Granollers: font ornamental de Serrat i Bonastre, font ornamental de Can Gili, llac de Ponent, estany dels Jardins Lluís Companys, estany del Parc Torras Vilà Estany, safareig i séquia del Parc del Lledoner.

Aquesta Comissió considera que en aquest cas concret examinat no queda justificat suficientment l'exercici de la prerrogativa de resolució contractual de què disposa l'Ajuntament, ja que, d'una banda, els incompliments denunciats estan formulats d'una manera excessivament genèrica, i no venen corroborats per una prova que permeti valorar-los amb el rigor necessari; i, d'altra, la incidència dels incompliments adduïts no revesteix una entitat suficient per a acudir a la resolució del contracte, en vista de l'objecte i l'abast d'aquest, de les superfícies a tractar i de la descripció del servei que es conté en el plec de prescripcions tècniques, atès que, en els termes que venen formulats, no és possible deduir que afectin d'una manera rellevant el funcionament general del servei; tot això sens perjudici que alguns d'aquests incompliments haurien pogut tenir l'actuació corresponent de l'Ajuntament mitjançant l'exercici de la potestat sancionadora que expressament preveu el plec.

CONCLUSIÓ

S'informa desfavorablement sobre la resolució del contracte adjudicat per l'Ajuntament de Granollers a la mercantil OHL Servicios Ingesan, SA, per a la prestació del servei de neteja i conservació dels espais verds, llacs i fonts ornamentals i àrees de jocs del terme municipal de Granollers.