



ORDEN

Visto el escrito presentado por D. Juan Manuel Fernández Esquinas, por el que interpone recurso de reposición, en nombre y representación de la mercantil SIADDE SOLUCIONES, S.A. contra la Orden, de 18 de junio de 2020, de la Consejera de Transparencia, Participación y Administración Pública, por la que se acuerda la resolución del Contrato de “Servicios de mantenimiento de la red de radiocomunicaciones móviles de emergencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, denominada red RADIECARM (exp. nº 3/2019)”, la demás documentación obrante en el expediente, el informe - propuesta del servicio jurídico de 30 de julio y considerando los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante la Orden de referencia, tras ser instruido el correspondiente procedimiento, se resuelve el Contrato de Servicios de mantenimiento de la red de radiocomunicaciones móviles de emergencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, formalizado el 20 de noviembre de 2019 con la mercantil SIADDE SOLUCIONES, S.A., y se acuerda incautar la garantía constituida en la Caja de Depósitos por valor de 27.530,75.-€.

SEGUNDO.- Contra la Orden de resolución, notificada el pasado 28 de mayo de 2020, el interesado interpuso recurso de reposición, el 30 de junio de 2020, en el que reitera las alegaciones ya formuladas al acuerdo de inicio. Así, se refiere a la incorrección del Pliego de Prescripciones Técnicas como causante del imposible cumplimiento del contrato, siendo por ello que solicitan en caso de que no se declare la nulidad de la orden, que se proceda a la resolución del contrato por mutuo acuerdo con devolución de la garantía por ausencia de culpa, así como a la falta de adecuación del procedimiento de adjudicación empleado.

Asimismo, el interesado aduce la nulidad de pleno derecho de la Orden por vulneración del punto 19.2 del PCAP por entender que se ha omitido el requerimiento al que se refiere el citado punto, del siguiente tenor: *“El abandono por parte de la persona contratista del servicio objeto del contrato. Se entenderá producido el abandono cuando la prestación haya dejado de desarrollarse, no se desarrolle con la regularidad adecuada o con los medios humanos o materiales precisos para la normal ejecución del contrato en plazo. No obstante, cuando se dé este supuesto, la Administración, antes de proceder a la resolución, requerirá a la persona contratista para que regularice la*





situación en el plazo de cinco días, a contar desde el requerimiento, salvo que su ejecución exija un plazo menor”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia y procedimiento.

En la tramitación del presente recurso se han tenido en cuenta las normas procedimentales contenidas en los artículos 112 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

De conformidad con el artículo 123 de la LPAC, frente a la Orden de resolución, de 18 de mayo, de la Consejera de Transparencia, Participación y Administración Pública, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso de reposición en el plazo de un mes, recurso que, de acuerdo con el citado artículo y el artículo 16.2.f) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia corresponde resolver a la Consejera.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional octava 1 del Real Decreto - ley 11/2020, de 31 marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID -19 y en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 marzo, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma por el interesado.

SEGUNDO.- Sobre el fondo.

I. El recurrente alega la nulidad de pleno derecho de la Orden de resolución al entender que el motivo de la resolución del contrato ha sido el abandono y que, por tanto, de acuerdo con el punto 19. 1 del PCAP se le debió de requerir regularizar la situación con carácter previo a la resolución.

Ahora bien, tal y como se fundamenta en la orden recurrida, la causa de resolución del contrato no ha sido el abandono, ya que para ello es prepuesto necesario que el servicio se haya prestado y que éste o bien se deje de prestar o se preste de forma irregular, lo que según la documentación e informes que obran en el expediente no sucedió por cuanto el servicio no llegó a prestarse.





Acorde con ello, la Orden de resolución señala, en el punto 1 de su fundamento de derecho quinto, como causa de resolución del contrato la recogida en el artículo 211.1 f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), es decir, el incumplimiento por el contratista de la obligación principal, que en nuestro caso consiste en el incumplimiento del mantenimiento (preventivo, correctivo -de 1º y 2º nivel- y de software) de la RED RADIECARM.

Según la jurisprudencia, para la resolución por incumplimiento es preciso que concurren dos requisitos: uno de carácter objetivo, relativo al carácter esencial de la obligación incumplida; y otro subjetivo, referente a la culpa del contratista o a la imputabilidad del incumplimiento al contratista (Dictamen n.º 42/18, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, con referencia al Dictamen n.º 43/17 del Consejo Consultivo de Aragón y jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo).

En el presente caso, tal y como se sostiene en la Orden de resolución, concurren estos dos requisitos. Así, la orden justifica el incumplimiento desde la vertiente objetiva a cuyo efecto señala que: *“Efectivamente, en el presente caso, las expectativas de la administración de recibir el servicio de mantenimiento de la Red RADIECARM se han visto frustradas, ante la imposibilidad de la contratista de iniciar la ejecución del contrato al no contar con la autorización y cualificación necesaria, es decir, con las habilidades y conocimiento experto para el mantenimiento de redes implementadas con la tecnología TETRA de AIRBUS D&S. Asimismo, como refleja el responsable del contrato, SIADDE tampoco ha iniciado la ejecución del mantenimiento preventivo”*.

De igual modo, desde la vertiente subjetiva se justifica en la Orden la imputabilidad del incumplimiento al contratista, en los siguientes términos: *“... es responsabilidad del licitador valorar, antes de presentar su oferta, si puede o no comprometerse a cumplir con lo solicitado en este y, en consecuencia, formular o no su oferta, en orden a evitar un futuro incumplimiento (...) es evidente que la oferta se presentó por el contratista sin haberse informado, ya que una mínima diligencia en su preparación hubiera hecho que el licitador, antes de su presentación, hubiera analizado si podía cumplir con su ejecución y, por tanto, si iba a poder contar con la autorización precisa para ello y con el personal cualificado, que exigen el apartado 9.1.g) del PCAP y la letra l) del apartado N del Anexo I, y no procrastinar, a después de la formalización, la búsqueda de la autorización de AIRBUS D&S y la formación para sus empleados.*

Así pues, se puede concluir que el incumplimiento del contratista no es un hecho ajeno a este, tal y como este pretende sugerir, al indicar que ha puesto todo su esfuerzo en obtener la licencia de software de AIRBUS y la formación para sus empleados, o la





prestación de los servicios por las empresas autorizadas, y que le ha sido imposible ante la negativa de estos, pues esto debió de estudiarlo antes de presentar su oferta. La empresa no sólo ha de presentar la oferta conforme al PCAP, lo cual si hizo, sino también ha de cumplir con lo que en su oferta y en el PCAP se obliga, por lo que, aunque como concreción de solvencia no se exigió a la contratista contar con la autorización de AIRBUS ni a su personal con la cualificación para la prestación del servicio, debe recordarse que si se exigían estos aspectos como obligaciones de ejecución”.

II. En relación a la alegación relativa a la incorrección del Pliego de Prescripciones Técnicas por no exigir como requisitos para la adjudicación del contrato ser VAR (Value add Reseller) de AIRBUS D&S y contar su personal con la cualificación para el mantenimiento de redes implementadas con la tecnología TETRA de AIRBUS D&S, debe indicarse que dichas circunstancias se configuran, de manera acertada, en el PPT y en el PCAP no como condiciones de solvencia, pues estas ha de estar relacionadas con las cualidades del licitador, sino como requisitos que afectan a la ejecución del contrato, y que como tales, solo pueden ser exigidas en el momento preciso de la ejecución, y no antes para la adjudicación.

Tal y como recoge la Orden de resolución “... el PPT indicaba con claridad el fabricante de la tecnología que esta administración posee, por su parte el PCAP exigía en su apartado 9.1.g) del PCAP como obligación del adjudicatario “la obtención de las autorizaciones y licencias, documentos o cualquier información, tanto oficial como particular, que se requieran para la realización del servicio contratado”, así como, en la letra I) del apartado N del Anexo I del PCAP se dispone que es obligación del adjudicatario: “Asegurar que los distintos trabajos objeto del presente contrato se realizan, de acuerdo con la buena práctica para este tipo de instalaciones, por el personal adecuado en cada caso, que estará debidamente capacitado y será competente de acuerdo con la legislación vigente.

Así pues, los pliegos señalan la tecnología que posee la administración y el fabricante de los equipos y elementos a mantener; precisan que es obligatorio obtener las autorizaciones privadas necesarias para la realización del servicio de mantenimiento y exigen que los trabajos se realicen, de acuerdo con la buena práctica para este tipo de instalaciones (las TETRA) y por el personal adecuado en cada caso, que habrá de estar debidamente capacitado”.

En definitiva, el recurrente participó libremente en el procedimiento de adjudicación e hizo una oferta, aceptando libremente los términos del Pliego y, con ellos, las obligaciones que estos imponían, no pudiéndose imputar el incumplimiento de la ejecución del contrato a los términos de los pliegos, que aceptó y que eran correctos, ni al procedimiento adjudicación por el que optó la Administración.





III. En relación a la alegación relativa a la falta de adecuación del procedimiento de adjudicación empleado, como ya se apuntó en el apartado 4 del fundamento de derecho quinto de la Orden recurrida, la LCSP, en su artículo 131.2, establece como procedimientos ordinarios y habituales de adjudicación el procedimiento abierto o el procedimiento restringido.

En concreto, el procedimiento abierto, se caracteriza porque cualquier empresa interesada en el contrato puede presentar una oferta ajustándose a las prescripciones establecidas en los pliegos, y no hay negociación, ni diálogo con las mismas, es el procedimiento más transparente para la Administración y para el mercado, y como tal, es el patrón que sirve para construir los demás, debido a las garantías de las que está rodeado. De acuerdo con ello el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución n.º 307/2020, recomienda *"...la utilización preferente del procedimiento abierto, procedimiento catalogado por el legislador como ordinario, siempre que puedan existir dudas sobre la posible exclusividad en la prestación. En el momento en que se ha de acudir al mercado a preguntar sobre esta circunstancia, parece claro que no existe una evidente situación de exclusividad. Por tanto, en aras a no perjudicar la concurrencia e igualdad entre licitadores, es preferible acudir al procedimiento abierto. Ante el temor de los órganos de contratación de que participen licitadores que no dispongan de la aptitud necesaria o no puedan cumplir satisfactoriamente la ejecución del contrato, la LCSP establece diferentes mecanismos para prevenir, reparar y sancionar tales actitudes; por lo que deberá primar el respeto a los principios genéricos de la contratación: concurrencia, igualdad y publicidad; frente a perjuicios hipotéticos que pueden ser prevenidos, reparados o sancionados adecuadamente."*

Por consiguiente, la elección del procedimiento es correcta por cuanto garantiza la libertad de acceso a la licitación, la igualdad de trato, proporcionalidad y no discriminación, la transparencia, la publicidad y fomenta la participación del máximo número posibles de aspirantes.

IV. En cuanto a la resolución del contrato por mutuo acuerdo previsto en el artículo 211.1 c) de la LCSP, para que sea posible, conforme al artículo 212.4 de la LCSP se han de cumplir dos requisitos:

- No ha de concurrir otra causa de resolución que sea imputable al contratista.
- Han de existir razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato

Así pues, la Orden de resolución se pronuncia sobre este punto señalando que: *"acreditado que existe un incumplimiento imputable del contratista, queda descartado el*





primero de los requisitos exigibles para que pueda resolverse el contrato por mutuo acuerdo y, por tanto, resulta innecesario abordar el cumplimiento del segundo de los requisitos. No obstante, a pesar de ello, se advierte que tampoco concurre el segundo de los requisitos que la resolución por mutuo acuerdo exige, es decir, no existen en el presente caso, razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”.

Y es que, debe recordarse que el fin público y de satisfacción de intereses generales a que obedece todo contrato administrativo impide a la Administración contratante, cuando conste una causa de resolución del contrato por dolo o culpa de la adjudicataria, acudir a la vía del mutuo disenso como forma de extinguir el contrato. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, entre otros, en sus Dictámenes 46.236, de 26 de abril de 1984, 50.571, de 21 de mayo de 1987, 55.279, de 27 de septiembre de 1990.

En consecuencia, no cabe la resolución del contrato por mutuo acuerdo.

V. Finalmente, en cuanto a la incautación de la garantía, el artículo 213.3 de la LCSP señala que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y además deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Tal y como sostiene Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, la incautación de la garantía es automática y por el total de la misma, con independencia de los daños causados, salvo que con la garantía no se cubra el total de los mismos, con el objeto de desincentivar la inobservancia de lo pactado.

Por tanto, no procede la devolución de la garantía.

DISPONGO

Desestimar el recurso de reposición presentado por Juan Manuel Fernández Esquinas, en nombre y representación de la mercantil SIADDE SOLUCIONES, S.A. contra la Orden, de 18 de junio de 2020, de la Consejera de Transparencia, Participación y Administración Pública, por el que se acuerda la resolución del Contrato de “Servicios de mantenimiento de la red de radiocomunicaciones móviles de emergencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, denominada red RADIECARM (exp. 3/2019)”, confirmando los términos de la misma y la incautación de la garantía.





Contra la presente Orden, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

Notifíquese este acto a SIADDE SOLUCIONES, S.A y publíquese en el perfil de contratante del órgano de contratación.

**LA CONSEJERA DE TRANSPARENCIA, PARTICIPACIÓN
Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Beatriz Ballesteros Palazón

30/07/2020 14:58:18

BALLESTEROS PALAZÓN, BEATRIZ

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-5a95f137-4264-4097-b16a-00505696280

