

En Logroño, a 13 de octubre 2022, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz; de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D^a Amelia Pascual Medrano y D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta; y del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco; y siendo ponente D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

54/22

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud, en relación con la *Propuesta de resolución del contrato de prestación del Servicio de Acogida de animales recogidos por la DG de Salud pública, Consumo y Cuidados, suscrito por dicha Consejería y la mercantil A.S.A, por incumplimiento culpable de la empresa contratista, con oposición de ésta.*

Antecedentes del asunto.

Primero

Expediente contractual, Pliegos, adjudicación y formalización del contrato.

1. Expediente de contratación.

-El día 15 de febrero de 2021, la Secretaría General Técnica (SGT) de la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja, inició expediente para la contratación del Servicio de acogida de animales recogidos por la Dirección General de Salud Pública, Consumo y Cuidados.

-El 26 de febrero de 2021, la Consejera de Salud y Portavocía del Gobierno dictó la Resolución aprobatoria del expediente de contratación, y, con ella, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que habrían de regir la contratación del referido Servicio.

El PCAP se compone de un Pliego General o Tipo (PT-PCAP), y de un Clausulado específico (CE-PCAP). De ambos documentos y del PPT, cabe destacar las cláusulas y apartados que a continuación se exponen.

2. Pliegos de cláusulas.

-Cláusula 3ª CE-PCAP. “Objeto del contrato. Definición: El objeto del contrato consiste en aceptar y dar destino posterior a los perros que la Dirección General de Salud Pública, Consumo y Cuidados, recoge en el medio rural, en función de los convenios que tiene suscritos con más de cien municipios de La Rioja y promover el control de población de perros por medio de la esterilización, a fin de evitar el sacrificio”.

-Cláusula 4ª CE-PCAP: “Necesidades administrativas a satisfacer: La Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de Protección de los Animales en la Comunidad de La Rioja establece que corresponde a los Ayuntamientos recoger los animales que se encuentren perdidos o extraviados, sin identificar, asilvestrados o abandonados; así como disponer de los centros de recogida de animales para atender dichas situaciones de recogida y hacerse cargo de los animales (art. 26) hasta que sean recuperados, o si procede sacrificarlos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10. Para el cumplimiento de esta obligación, las entidades locales podrán establecer convenios con el Gobierno de La Rioja, con asociaciones de protección y defensa de los animales o con empresas especializadas de control y recogida de animales de compañía”.

-Cláusula 5ª C-PCAP.- “Valor estimado, presupuesto base de licitación y precio del contrato...”.

“Presupuesto base de licitación, IVA incluido: DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS ONCE EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS”.

“Desglose del presupuesto base de licitación. Para calcular el presupuesto base de licitación, se ha partido de los máximos estimados y de la evolución posible de la actividad para los próximos años, la media estimada es algo superior a la que se ha puesto en la determinación del precio dado que la tendencia actualmente es el aumento del número de perros:

CONCEPTO	COSTE ESTIMADO	MÁXIMO MENSUAL	TOTAL, ANUAL (12 meses)
Estancias	14 €/día	430	72.240,00 €
Analíticas	41 €/analítica	1	492,00 €
Desparasitación	18 €/animal	9	1.944,00 €
Eutanasia	23 €/animal	6	1.656,00 €
Incineración	29 €/animal	9	3.132,00 €
Adopción protectoras	52 €/animal	15	9.360,00 €
Recogida Urgencia	200 €/salida	1	2.400 €
Gestión avisos	840 €/mes	1	10.080,00 €
Certificado veterinario	100 €/certificado	1	1.200,00 €
Esterilización macho	50 €	8	4.800,00 €
Esterilización hembra	100 €	9	10.800,00 €
			118.104,00 €

Así, el presupuesto máximo base de licitación se establece en la cantidad DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS OCHO EUROS (236.208,00) más CUARENTA Y NUEVE MIL

SEISCIENTOS TRES EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS (49.603,68 euros), en concepto de 21% de IVA”.

“Sistema de determinación del precio: Para la determinación del precio se ha tenido en cuenta la evolución del servicio durante los últimos 2 años, que se detalla a continuación:”

	2019											
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SPT	OCT	NOV	DIC
Estancia	842	342	482	358	574	363	265	493	639	477	458	192
Analítica	0	0	0	3	0	0	1	0	3	0	4	0
Desparasitación	28	15	7	15	18	5	5	14	17	7	8	0
Eutanasia	17	14	7	11	14	3	5	11	9	6	5	0
Incineración	28	15	8	15	20	7	5	14	17	7	8	0
Recogida urgencia	1	1	0	1	0	1	0	1	1	1	1	0
Certificados	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Adopciones	22	8	16	7	13	11	12	14	10	17	18	5

	2020											
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SPT	OCT	NOV	DIC
Estancia	549	261	316	98	346	307	281	297	568	277	320	267
Analítica	0	0	0	0	3	0	0	2	1	3	1	1
Desparasitación	11	2	5	2	4	3	1	4	2	4	3	2
Eutanasia	4	1	5	0	3	2	0	2	1	4	1	1
Incineración	11	2	5	3	4	3	1	6	8	4	3	2
Recogida urgencia	1	0	0	1	0	1	0	0	0	0	1	1
Certificados	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Adopciones	19	11	16	7	19	19	13	12	21	11	14	7
Esterilización machos	0	0	0	0	11	9	2	5	11	7	6	6
Esterilización hembras	0	0	0	0	8	5	8	9	8	8	9	6

	MEDIA
Estancia	390,50
Analítica	0,92
Desparasitación	7,58
Eutanasia	5,25
Incineración	8,17
Recogida urgencia	0,54
Certificados	0,00
Adopciones	13,42
Esterilización machos	7,13
Esterilización hembras	7,63

-Cláusula 7ª CE-PCAP: *“Plazo total de ejecución: La duración del contrato será desde 1 de mayo de 2021 al 30 de abril de 2023. Si por causas debidas a la tramitación del expediente, la ejecución del mismo comenzara más tarde, se procederá a su correspondiente ajuste presupuestario, prolongándose el periodo de duración hasta 2 años”.*

-Cláusula 8ª CE-PCAP: Tipo de procedimiento. Criterios de adjudicación y su ponderación...(A) Oferta económica: hasta 49 puntos...(B) Capacidad de alojamiento, hasta 21 puntos. (10 puntos si > 100 perros; 15 si > de 150 perros; y 21 si > de 200 perros) ... (C) Horario de servicio veterinario: hasta 10 puntos. ... (D) Horario de atención al público hasta 10 puntos... (E) Convenios con Asociaciones Protectoras de animales: hasta 10 puntos... (5 puntos por cada convenio).

-Cláusula 10ª CE-PCAP: Bases de la participación en el procedimiento: para la adjudicación de este contrato los licitadores deberán acreditar cumplir con los siguientes criterios de solvencia ... b) Técnica: *“relación de los principales servicios o trabajos del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, realizados en los últimos tres años por un importe anual acumulado en el año de mayor ejecución de 70.000 euros I.V.A. excluido”.*

-Cláusula 18 PT-PCAP: *“Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso: Para el caso de producirse un o varias de las siguientes incidencias:.....-Otro tipo de incidencias directamente relacionadas con la adecuada prestación del servicio...Se establecen las siguientes penalidades: 5% de la facturación mensual si durante el mismo se registran entre 3 y 5 incidencias; 10% de la facturación mensual si se registran entre 6 y 8 incidencias; y 20% de la facturación mensual si se registran 9 o más incidencias”.*

-Cláusula 24 PPT: *“Derechos y obligaciones del adjudicatario. Obligaciones: El contratista dispondrá de un centro de acogida de animales ubicado en La Rioja y legalizado como núcleo zoológico”.*

3. Procedimiento de adjudicación.

Una vez aprobado el expediente de contratación, la Consejería de Salud dio inicio al procedimiento de adjudicación por los trámites del procedimiento abierto simplificado regulado por el art. 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP'17).

-A la licitación sólo concurrió la empresa A.S.A. (en adelante A.), cuya oferta fue la siguiente:

- Oferta económica: 236.208,00 € (importe IVA 49.603,68 €)
Precios unitarios sin IVA:
 - Estancia: 14 €
 - Analíticas: 41 €
 - Desparasitación: 18 €
 - Eutanasia: 23 €
 - Incineración: 29 €
 - Adopción protectora: 52 €
 - Recogida urgencia: 200 €

Gestión avisos: 840 €
Certificado veterinario: 100 €
Esterilización macho: 50 €
Esterilización hembra: 100 €

La antedicha oferta obtuvo una puntuación de 30 puntos, según el siguiente detalle: Oferta económica: 0 puntos; Capacidad de alojamiento: 10 puntos; Horario de servicio: 10 puntos; Horario al público: 5 puntos; Convenios protectoras: 5 puntos.

-El 24 de marzo de 2021, la Mesa de Contratación propuso adjudicar el contrato a la reiterada empresa y, el 19 de abril la SGT de la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno dictó Resolución adjudicándole el contrato.

4. Formalización del contrato.

Una vez constituida la garantía por el adjudicatario (por importe de 11.810,40 €), el contrato administrativo fue firmado, el 2 de octubre de 2020, por la titular de la Consejería actuante y por el representante legal de la mercantil.

-La Estipulación Quinta del contrato dispuso que *“el plazo de duración del contrato será, desde el 1 de junio de 2021 hasta el 31 de mayo de 2023”*.

Como se ha expuesto antes, la Cláusula 7ª CE-PCAP preveía, como fecha ordinaria de inicio del contrato el día 1 de mayo de 2021, si bien también contemplaba que, si por causas debidas a la tramitación del expediente, la ejecución del mismo comenzara más tarde, *“se procederá a su correspondiente ajuste presupuestario, prolongándose el periodo de duración hasta 2 años”*.

Segundo

Incidencias acaecidas en la ejecución del contrato.

1. El día 15 de octubre de 2021, la contratista remitió por mail una comunicación a la Consejería actuante poniendo en su conocimiento que, a partir de tal misma fecha, no podrían seguir acogiendo animales procedentes de municipios de la Comunidad, ya que el aforo establecido por el Ayuntamiento de Logroño se lo impedía, al haber sido sobrepasado. Rogaba, a continuación, a tal Consejería, tratar el tema para poder llegar a un acuerdo beneficioso para todas las partes y quedaba a su disposición para cualquier reunión, conversación, etc. y a la espera de sus noticias.

A tal comunicación, la contratista unió el email que le había sido remitido minutos antes por la Técnica de Protección Animal de tal Ayuntamiento, cuyo contenido era del siguiente tenor:

“Buenos días:

Tal y como se informó el mes pasado, hoy 15 de octubre es la fecha en la que las medidas acordadas entran en vigor:

1.- El umbral-topeo del 80% de capacidad máxima para limitar la entrada de animales que no procedan del municipio de Logroño.

2.- Una vez superado el número de 70 perros en estancias, sólo se internarán animales procedentes de Logroño, siendo necesario desplazar a los del resto de municipios a otros alojamientos de Centros o guarderías de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Actualmente esa capacidad ha sido superada.

Gracias”.

2. Para una mejor comprensión del alcance y circunstancias que precedieron a tal comunicación, cabe destacar los siguientes antecedentes:

A) La contratista afectada -A.- gestiona, en régimen de concesión, el Centro de Acogida de Animales (en adelante CAA) situado en esta ciudad de Logroño, de titularidad municipal, desde fecha que no consta en el expediente.

En su condición de concesionaria de tal centro, A. viene obligada frente al Ayuntamiento de Logroño a prestar los servicios que a éste competen en materia de recogida y atención de animales abandonados o vagabundos dentro del ámbito municipal, sin perjuicio de lo cual igualmente viene facultada, previa conformidad de dicho Ayuntamiento, para prestar, tanto a particulares como a otras Administraciones, determinados servicios complementarios, entre los que figura el de acogida de animales de otros municipios, mediante acuerdos suscritos con sus Ayuntamientos o con la Comunidad Autónoma de La Rioja, si bien el Ayuntamiento de Logroño viene legitimado para suspender, total o parcialmente la prestación de estos últimos servicios para terceros en el caso de que su desarrollo genere deficiencias o inadecuado tratamiento en la prestación de los servicios derivados de la propia concesión municipal.

Así se desprende del Pliego de Prescripciones Técnicas aportado por la contratista junto al escrito de alegaciones presentado durante el trámite de audiencia conferido en el expediente de resolución contractual, de 4 de mayo de 2022, registrado electrónicamente de entrada con igual fecha.

B) Durante los ejercicios 2018 a 2020, A. prestó servicios de recogida y atención de animales a la DG de Salud Pública y Consumo de la Consejería actuante, facturando por tal concepto a cargo de ésta, 61.737,64 euros en 2018; 90.457,98 euros en 2019; y 83.234,45 euros en 2020.

Así resulta del listado de servicios que A. presentó en el expediente de contratación a fin de acreditar su solvencia técnica, en cumplimiento del requerimiento que le fue practicado tras la propuesta de adjudicación del contrato cuya resolución se pretende, que igualmente figura en el expediente.

C) Aunque en el expediente no obra documento alguno del que se desprenda que el Ayuntamiento fuera concededor de los servicios prestados por A. a la Consejería durante los ejercicios 2018 a 2020, o de los prestados tras la suscripción del contrato que nos ocupa (el 24 de mayo de 2021), parece claro que sí le constaba que el CAA de que es titular ha albergado durante tales años o, al menos, desde la suscripción de tal contrato, una media de perros procedentes de Logroño inferior a la de perros procedentes de otros municipios de nuestra Comunidad Autónoma, entre otros motivos porque dicha empresa concesionaria remitía semanalmente el detalle de los animales acogidos en el propio centro, diferenciando los procedentes de Logroño y los de La Rioja, diversos ejemplos de los cuales obran en el expediente.

Ciertamente no consta documentalente que tal Corporación prestara su conformidad a la prestación de estos servicios, si bien la continuidad de los mismos a lo largo de cuatro ejercicios permite inferir que lo hizo, aun cuando fuera tácitamente.

También nos parece claro que a la Consejería actuante le constaba, al tiempo de adjudicar a A. el contrato que nos ocupa, que tal empresa prestaría los servicios objeto de éste en tal CAA, titularidad del Ayuntamiento de Logroño, en las que dicha empresa gestiona, de forma indirecta y en régimen de concesión, el servicio de recogida de animales abandonados en el término municipal de esta ciudad, básicamente por cuanto dicha Consejería había mantenido una relación contractual previa con dicha empresa, durante tres años, que inexorablemente hubo de reportarle el conocimiento de estas circunstancias.

D) Por motivos que no se desprenden de la documentación obrante en el expediente, en septiembre de 2021 el Ayuntamiento de Logroño informó a A. de la entrada en vigor, a partir del día 15 de octubre de 2021, de dos concretas medidas en la gestión del CAA: i) El establecimiento de un umbral máximo del 80% en las entradas de animales procedentes de otros municipio: y ii) La prohibición de internar animales procedentes de otros municipio una vez superado el número de 70 perros albergados en el CAA.

En tal momento, el número de perros que albergaba el CAA era superior a 70, lo que suponía que, desde tal fecha, A. no podía aceptar perros, procedentes de otros municipios, derivados por la Consejería actuante.

3. El 21 de abril de 2022, el Director General de Salud Pública, Consumo y Cuidados de la Consejería actuante emitió informe propuesta de resolución del contrato objeto de la presente consulta, por el que concluía en la procedencia de iniciar en el que hace constar:

“El objeto del citado contrato consiste en aceptar y dar destino posterior a los perros que la DIG de Salud Pública, Consumo y Cuidados, recoge en el medio rural, en función de los convenios que tiene suscritos con más de cien municipios de La Rioja y promover el control de población de perros por medio de la esterilización, a fin de evitar el sacrificio”.

A tal efecto, la empresa adjudicataria incluía en su oferta un documento en el que su Administrador único declara que la capacidad de alojamiento del centro ofertado es para más de 100 perros. Dado que en los criterios de valoración recogidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato se valoraba como criterio automático la capacidad de alojamiento, la empresa adjudicataria obtuvo en la valoración de su oferta los 10 puntos que se otorgaban a los centros con capacidad para más de 100 perros.

Sin embargo, la empresa informa por correo electrónico, con fecha 15 de octubre de 2021, de que “hoy se cumple el plazo a partir del cual, por orden del Ayuntamiento, no podemos seguir acogiendo animales procedentes de municipios de la Comunidad, ya que el aforo establecido ha sido sobrepasado”.

(...)

A consecuencia de las limitaciones impuestas a la entrada en el centro de animales procedentes de la Comunidad Autónoma de La Rioja, actualmente algunos de los animales recogidos están teniendo que ser alojados en el núcleo zoológico que dispone la Asociación P.A.R. (A.) en virtud del convenio que dicha asociación dispone con la Consejería de Agricultura, Ganadería, Mundo Rural, Territorio y Población.

Así, resulta evidente que la empresa no está cumpliendo con el contenido de su oferta (la cual forma parte de los documentos que rigen el contrato y es vinculante), por lo que nos encontramos ante un evidente incumplimiento del contrato por su parte. En conclusión, resulta procedentes iniciar un expediente de RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, del contrato “Servicio de acogida de animales recogidos por la Dirección General de Salud Pública, Consumo y Cuidados”.

Tercero

El procedimiento de resolución del contrato.

Por las razones expuestas, la titular de la Consejería actuante dictó Resolución de inicio del procedimiento de resolución de aquel contrato el día 22 de abril de 2022, por incumplimiento culpable de la contratista, nombrando Instructora del expediente y disponiendo conferir audiencia a tal contratista por plazo de diez días.

1. Dicha Resolución fue notificada, el día 25 de abril de 2022, a la contratista, la cual formuló alegaciones mediante escrito fechado el 4 de mayo de 2022 por el que se opuso a la resolución del contrato por incumplimiento culpable, interesando como pretensión principal la continuidad del mismo y, con carácter subsidiario, la resolución prevista en el artículo 211.1-g) de la LCSP'17, con los efectos previstos en el artículo 213.4 de ésta.

En síntesis, la contratista aduce: i) Que, a pesar de que sus instalaciones (en referencia al CAA) tienen capacidad para albergar a más de 100 perros, como indicó en la oferta que presentó en la licitación, su compromiso contractual con el Ayuntamiento de Logroño minora su capacidad efectiva para acoger perros procedentes de otros municipios, extremo éste del que la Consejería, afirma, era conocedora; ii) Que, en cualquier caso, los Pliegos de condiciones de la licitación no contemplaban la obligación de disponer de una capacidad concreta, sino la de disponer de un centro de acogida ubicado en La Rioja, legalizado como núcleo zoológico; iii) Que, por una concreta circunstancia sobrevenida y ajena a su voluntad, como lo fue la orden del Ayuntamiento de no acoger perros procedentes de municipios diferentes a Logroño una vez alcanzada la cifra de 70 perros en el CAA, no pudo hacerlo a partir del día 15 de octubre de 2022; y iv) Que la Consejería no ha atendido sus peticiones en orden a solventar la cuestión.

A tal escrito de alegaciones, la contratista acompañó el pliego de prescripciones técnicas de la concesión municipal para la construcción y gestión indirecta del CAA y diversos e-mails cruzados con el Ayuntamiento y con la Consejería.

De entre tales comunicaciones, destacamos las remitidas por la contratista a la Consejería los días 15 y 22 de octubre de 2021 (folios 339 y 340 del expediente); y los remitidos, también por la contratista, al Ayuntamiento de Logroño los días 17 y 22 de noviembre de 2021 (folios 332 a 334), de cuya lectura se colige sin ningún género de duda que, en el periodo comprendido entre el día 15 de octubre y el 22 de noviembre, la contratista no aceptó o acogió perros procedentes de otros municipios.

2. A la vista de las alegaciones presentadas, la Instructora del expediente formuló, el 22 de junio de 2022, la Propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía depositada (de 11.810,40 euros).

3. El día 29 de junio de 2022, el SGT de la Consejería recabó el informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, preceptivo conforme al art. 109.1-c) RCAP'01 (Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, aplicable mientras no se apruebe el Reglamento de la LCSP'17). Por ese motivo, la Instructora del expediente decidió, igualmente el día 29 de junio de 2022, la suspensión del plazo para resolver, comunicándolo, ese mismo día, al contratista.

4. Los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja evacuaron su informe el día 9 de agosto de 2022, en sentido favorable a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, expresando, en síntesis, que el compromiso de adscripción de medios asumido por el contratista en su oferta está relacionado con la puesta a disposición de un centro de acogida con capacidad para 100 animales, lo que permitió al licitador obtener mayor puntuación en el procedimiento de adjudicación y cuya existencia, capacidad y disponibilidad no está relacionada ni puede considerarse limitada por la ejecución de otro contrato administrativo (en este caso, con el Ayuntamiento de Logroño).

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 10 de agosto de 2022 y registrado de entrada en este Consejo el día siguiente, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 12 de agosto de 2022, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Legislación aplicable al contrato y carácter preceptivo de nuestro dictamen.

1. La vigente LCSP'17 establece: i) en su DT 1ª.1, que *“los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior”*; y ii) en su DT.1ª.2, que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por la normativa anterior”*.

En este caso, la Resolución de inicio del expediente de contratación (dictada el 15 de febrero de 2021), la aprobación del expediente de contratación (de 26 de febrero de 2021) y la Resolución adjudicatoria del contrato (de 19 de abril de 2021) se dictaron bajo el imperio temporal de la LCSP'17, que estaba vigente desde el 9 de marzo de 2018 (DF 16ª).

En definitiva, la LCSP'17 es la legislación aplicable tanto al fondo de la cuestión sometida a nuestro dictamen, como al procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria.

2. El art. 191.1 LCSP'17, en relación con el art. 190 LCSP'17, establece que, con carácter previo al ejercicio de la potestad de resolución contractual, el órgano de contratación debe conferir audiencia al contratista. Por otro lado, el art. 191.3-a) LCSP'17 determina la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma cuando el contratista se oponga a la resolución.

En iguales términos, pueden citarse el art. 195.1 LCSP'17, y los arts. 109.1-a) y 109.1-d) RCAP'01.

Por su parte, la Ley riojana 3/2001, de 31 de mayo de 2001, del Consejo Consultivo de La Rioja, recoge en su art. 11-i) la preceptividad de nuestro dictamen, y en el mismo sentido se pronuncia el art. 12-i) de nuestro Reglamento orgánico y funcional, aprobado por Decreto 8/2002 de 31 de mayo.

Por lo tanto, como quiera que ha existido oposición de la contratista, nuestro dictamen resulta preceptivo en este caso.

Segundo

La resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

Conforme al art. 189 LCSP'17, *“los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones públicas”*.

Este precepto constituye una manifestación jurídico-positiva del principio *pacta sunt servanda*, en el que se funda la eficacia vinculante que los contratos despliegan para quienes consienten en obligarse a través de ellos.

Ese principio, que también inspira los arts. 1254, 1258 y 1278 Cc (Código civil), se complementa, en el ámbito de la contratación pública, con las prerrogativas del órgano de contratación para definir unilateralmente el contenido y el objeto del contrato mediante la aprobación de los Pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, que definen la prestación y regulan la licitación y la propia vida del vínculo contractual. Por ello, según el art. 139.1 LCSP'17, *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los Pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

Por otra parte, el artículo 211.1-f) LCSP'17 dispone que son causas de resolución de los contratos administrativos: *“El incumplimiento de la obligación principal del contrato”*, así como, *“el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes: 1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos; 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”*.

Pues bien, en el presente caso no es controvertido que, a partir del día 15 de octubre de 2021 y durante un plazo que, al menos, se extendió hasta el día 22 de noviembre de 2021, la contratista no aceptó o acogió perros procedentes de otros municipios y que, de hecho, los perros recogidos por los servicios de la CAR durante tal periodo, como mínimo, en los diferentes municipios de La Rioja con los que la Consejería actuante tiene concertado convenio, fueron derivados a asociaciones protectoras de animales con los que dicha Administración igualmente tiene concertados convenios al efecto.

No nos hallamos, en consecuencia, ante una mera incidencia en la prestación de los servicios contratados, sino ante un incumplimiento continuado de la obligación principal derivada del contrato que nos ocupa.

Y, aunque tras dicho incumplimiento continuado subyaciera la orden del Ayuntamiento de Logroño de no acoger a perros procedentes de otros municipios, dictada en ejercicio de las facultades establecidas a su favor en el PPT del contrato en su día adjudicado a A. para la construcción y gestión indirecta del servicio de recogida de perros abandonados o vagabundos en el municipio de Logroño, aportados por la propia contratista junto a su escrito de alegaciones de 4 de mayo de 2022, la que le impidió efectivamente acoger en el CAA perros que no procedieran de Logroño, como mínimo durante tal periodo,

no consideramos que la limitación impuesta por dicha Corporación exima de responsabilidad a la contratista, precisamente por cuanto, para ésta, no constituía un hecho imprevisible que dicho Ayuntamiento, en su condición de concedente de tal servicio y titular del CAA, pudiera adoptar tal tipo de medidas restrictivas, como de hecho aconteció en el presente caso.

De hecho, como ya hemos apuntado anteriormente, la posibilidad de que esto ocurriera se hallaba prevista en el PPT que regía la concesión del servicio municipal de recogida de animales de Logroño que la contratista prestaba, de forma indirecta, de forma que a ésta había de constarle que el Ayuntamiento de Logroño venía facultado para imponerle la suspensión, parcial o total, de los servicios que prestara a usuarios particulares u otras Administraciones en el CAA, en el caso de que éstos generaran deficiencias o inadecuado funcionamiento en la prestación de los servicios que la contratista venía obligada a prestar al propio Ayuntamiento, pues así venía previsto en el PPT de tal concesión.

Es más, de la documentación aportada por la contratista con su escrito de alegaciones se infiere que fue advertida, por el Ayuntamiento, de la inminente adopción de tales medidas restrictivas con suficiente antelación, (véanse los emails obrantes a los folios 340 y 341) y, sin embargo, no consta que realizara gestión alguna tendente a garantizar la continuidad del servicio contratado con la Consejería actuante.

Por otra parte, el hecho de que el contrato y sus Pliegos no contemplaran expresamente que las instalaciones de acogida en que había de desarrollarse el servicio debían tener capacidad para acoger a más de 100 perros, esgrimido por la contratista como base sobre la que sustenta su tesis sobre la inexistencia del incumplimiento que le atribuye la Consejería actuante, no permite obviar que fue la propia contratista la que, a través de su oferta, adquirió tal compromiso de forma vinculante.

Recordamos que, mediante su oferta, A. se comprometió a dedicar y adscribir los *“medios materiales y personales suficientes para la ejecución del servicio de acogida de animales recogidos por la Dirección General...”*. (Folio 142 del expediente), declarando disponer de un centro con capacidad para más de 100 perros, de lo que se infiere su obligación de adscribir un centro con tal concreta capacidad a la prestación del servicio contratado.

Y también recordamos que la capacidad de las instalaciones constituía uno de los criterios de valoración para la adjudicación y, en este caso, A. obtuvo 10 puntos precisamente en base a haber declarado disponer de un centro con capacidad para más de 100 perros.

Así las cosas, no podemos sino concluir que la contratista, efectivamente, incumplió la obligación principal derivada del contrato a que nos referimos, esto es, la de ejecutar el servicio de acogida de animales recogidos por la DG de Salud Pública, Consumo y Cuidados, de conformidad con las previsiones del PCAP y del PPT que rigen el mismo y con sujeción a su propia oferta, de todo lo cual se desprende que tal obligación principal no era otra que la aceptar los perros que dicha DG recoge en el medio rural, hasta alcanzar la propia capacidad del centro que se comprometió a mantener adscrito a tal servicio.

De hecho, incumplió tal obligación, como ha quedado expuesto, en el mismo momento en que rechazó aceptar los perros recogidos por la Consejería actuante pese a no haberse alcanzado la capacidad del centro que ofertó adscribir a tal fin y continuó haciéndolo durante un periodo no inferior a cinco semanas, siendo intrascendente que tal rechazo viniera impuesto por una decisión de otra Administración, pues incumbía al contratista compaginar y cumplir sus obligaciones frente a ambas Administraciones, asegurándose de reunir los requisitos precisos para ello durante la vigencia de los contratos concertados con una y otra, lo que, en este caso, A. obviamente no hizo.

Tercero

La existencia de culpa del contratista, en este caso.

1. Conforme a lo razonado en los Fundamentos anteriores, la cuestión sometida a nuestro examen radica en determinar si, en el supuesto analizado, la falta de aceptación de los perros recogidos por la DG de Salud Pública, Consumo y Cuidados en el medio rural durante un periodo que, aun no constando con exactitud en el expediente, se extendió como mínimo desde el 15 de octubre hasta el 22 de noviembre de 2021, se debió a motivos no imputables al contratista o si, por el contrario, se debió a su propia culpa.

Al respecto, este Consejo Consultivo anticipa ya que, a su criterio, ese incumplimiento vino provocado por el comportamiento negligente de la contratista y no por causas extrañas o ajenas a ésta, por lo que compartimos el criterio manifestado en el informe de la DG de Salud Pública, Consumo y Cuidados de 21 de abril de 2022; en la Propuesta de resolución de la Instructora del expediente, de 22 de junio de 2022; y en el informe de los Servicios Jurídicos de 9 de agosto de 2022.

En tal sentido, no podemos sino reiterar que, al tiempo de concurrir a la licitación del contrato que nos ocupa, A. era perfectamente consciente de que el CAA que gestionaba en régimen de concesión, en la ciudad de Logroño, tenía por destino básico el de dar cobertura, en este caso de forma indirecta, al servicio de recogida y asistencia de perros (desahuciados, abandonados, vagabundos o en depósito) de dicho municipio; servicio que compete a su Ayuntamiento y a cuya prestación, de forma indirecta, se hallaba obligada como concesionaria.

Igualmente era consciente de que, pese a que el PPT del contrato concertado con el Ayuntamiento de Logroño le legitimaba para prestar servicios de recogida y asistencia de perros abandonados procedentes de otros municipios de La Rioja, por así haberlo convenido con sus Ayuntamientos o con la CAR, contando con la conformidad del Ayuntamiento de Logroño, esta Corporación igualmente venía facultada para suspender la prestación de estos servicios (denominados en la PPT “*servicios complementarios*”) en el caso de que generaran deficiencias o un inadecuado funcionamiento del servicio básico en el municipio de Logroño.

En otras palabras, A. era consciente, al tiempo de la licitación, de que no tenía plena disponibilidad del CAA ni, por tanto, podía comprometerse a adscribir sus instalaciones (con una capacidad suficiente para albergar más de 100 animales) al servicio del contrato al que licitaba, no sólo porque dicho centro se hallaba adscrito a la prestación del servicio de recogida de animales procedentes del municipio de Logroño con carácter básico y principal, lo que suponía que su capacidad estaba comprometida a tal fin, mermando así la disponibilidad, por parte del contratista, de sus instalaciones, sino porque, además, la adscripción del CAA a la prestación de este servicio podía llegar a ser excluyente de cualquier otro uso de sus instalaciones, por decisión del Ayuntamiento de Logroño, en su condición de concedente, bien temporal bien definitivamente, de forma que la contratista podía quedar privada, si esto último ocurría, de toda disponibilidad sobre tales instalaciones, a los efectos de prestar servicios a tercero.

En tal contexto, A. no debió comprometerse a adscribir, al cumplimiento del contrato que nos ocupa, dicho centro en su total capacidad (que, aun no constando en el expediente, parece suficiente para albergar algo más de 100 animales, según se deduce de los *e-mails* remitidos por la contratista al Ayuntamiento de Logroño, trasladándole el recuento de animales efectuado semanalmente), sencillamente porque carecía de la disponibilidad necesaria al efecto.

2. A lo anteriormente expuesto ha de añadirse que la contratista conocía, al menos desde el mes de septiembre de 2021, que a partir del día 15 de octubre de igual año no podría acoger a perros recogidos por la DG de Salud Pública, Consumo y Cuidados, pues el número de perros procedentes de otros municipios que albergaban las instalaciones coincidía con el umbral máximo permitido por el Ayuntamiento.

Sin embargo y pese a haber podido intentar alcanzar acuerdos con otros centros de acogida de perros, gestionados por empresas privadas o por asociaciones protectoras, subcontratando temporalmente parte de los servicios que venía obligada a prestar a la Consejería actuante al objeto de dar acogida a los de perros recogidos por ésta, no consta que efectuara el mínimo esfuerzo en tal sentido.

3. En definitiva, por las razones enumeradas en los apartados precedentes, a las que debe añadirse que, en virtud de lo previsto en el artículo 197 LCSP'17, que la ejecución del contrato se realiza “*a riesgo y ventura del contratista*”, para este Consejo resulta claro que el incumplimiento de la obligación principal derivada del contrato, que no era otra que la de acoger a los animales que la DG de Salud Pública, Consumo y Cuidados recogiera en el medio rural, hasta alcanzar la capacidad máxima del centro adscrito a la prestación de este servicio, según la propia oferta realizada por la contratista, no se debió a razones ajenas a su voluntad, sino a su propia falta de diligencia, siendo obvio que no pueden desplazarse a la Administración autonómica las consecuencias perjudiciales que se derivan de la imprevisión del contratista.

Cuarto

Efectos de la resolución del contrato.

De acuerdo con el art. 213.3 LCSP'17, “*cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada*”.

Por ello, la consecuencia de la resolución habrá de ser aquí, además de la propia extinción del contrato, la incautación de la garantía constituida por el adjudicatario por valor de 11.810,40 euros.

Sin embargo, del expediente remitido a este Consejo no se desprende que a la Consejería actuante se le hayan irrogado daños y perjuicios de cuantía superior al importe de esa garantía, que justifiquen que el contratista haya de indemnizar a la Administración con una cantidad adicional.

CONCLUSIONES

Primera

Procede la resolución del contrato de suministro formalizado el 24 de mayo de 2021, por incumplimiento debido a culpa del contratista.

Segunda

La resolución del contrato, además de la extinción del vínculo contractual, ha de suponer la incautación de la garantía depositada por el adjudicatario en favor de la Administración autonómica.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

José Ignacio Pérez Sáenz
EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO