



DICTAMEN 358/2019

Resolució del contracte administratiu especial d'exploració del bar ubicat a la instal·lació esportiva de Can Falguera subscrit per l'Ajuntament de Palau-solità i Plegamans amb el Sr.

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 14 de novembre de 2019, amb la presidència del Sr. _____, actuant com a secretària la Sra. _____, amb la participació de les Sres. i els Srs.

_____ i essent-ne ponent el Sr

_____, ha aprovat el Dictamen següent:

ANTECEDENTS DE FET

1. Per Resolució d'alcaldia d'1 de juliol de 2016, es va adjudicar el contracte administratiu especial d'exploració del bar ubicat a la instal·lació esportiva Can Falguera al Sr. _____ per un termini de quatre anys i un cànon pel total del període de vigència del contracte de 28.800 euros (7.200 euros anuals), d'acord amb l'oferta presentada.

2. El 20 de març de 2018, el tècnic d'esports de l'Ajuntament va informar que el contractista havia incomplert diverses obligacions previstes en els plecs de clàusules administratives i tècniques que regien el contracte relatives a les condicions en què s'havien de mantenir les instal·lacions, els horaris de tancament i el pagament del cànon.

3. El 5 de novembre de 2018, l'interventor municipal va informar que el contractista incomplia els terminis d'abonament del cànon i que en aquesta data el deute pendent era de 4.200 euros.

4. Per Resolució de l'alcaldeessa de 5 de desembre de 2018, es va obrir un expedient informatiu sobre els incompliments constatats com a constitutius d'incompliment d'obligacions essencials. Segons es fa constar en l'expedient, es va atorgar al contractista el tràmit d'audiència i, el 6 de desembre següent, va formular-hi al·legacions, en què sol·licitava un termini de 45 dies per a regularitzar el pagament del cànon.

5. El 25 de gener de 2019, la tècnica de Salut Pública de l'Ajuntament va emetre un informe sobre una visita d'inspecció realitzada a les instal·lacions, en què detectava diverses deficiències i fixava les mesures correctores que s'havien d'adoptar.

6. Figuren en l'expedient tramès diversos informes d'inspecció de l'establiment emesos per la Policia Local de dates 1, 2, 8 i 15 de febrer de 2019 i 3 de març de 2019, en què es constata que s'incomplia l'horari de tancament del bar.

7. Hi consta, així mateix, la Resolució de 4 de març de 2019, de la Direcció General d'Administració de Seguretat del Departament d'Interior, dictada en el marc d'un expedient sancionador incoat contra el contractista, en què acceptava el reconeixement de la responsabilitat en la comissió de dues infraccions administratives tipificades com a dues faltes greus, consistents en l'incompliment de l'horari màxim d'acabament de l'activitat del bar de les instal·lacions esportives fixat en el plec de clàusules tècniques que regeixen el contracte i en dur a terme una activitat de bar musical no emparada en la llicència.

8. El 8 d'abril de 2019, la secretària municipal va proposar tramitar un expedient per a resoldre el contracte administratiu especial d'exploració del bar ubicat a la instal·lació esportiva de Can Falguera per incompliment de les obligacions essencials de conformitat amb el previst en l'article 211 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), i atorgar el tràmit d'audiència a la contractista.

9. El 18 d'abril següent, la contractista va formular-hi al·legacions, en què afirmava que, quan va presentar la proposició, ja va deixar constància que volia oferir sopars, que els responsables van acceptar la proposta i que per això va duplicar l'oferta econòmica proposada; que treballava d'acord amb els horaris establerts per la resta de bars i que, amb la limitació horària, havia perdut molts clients, cosa que li comportava un endarreriment en el pagament del cànon. Finalment, sol·licitava un termini per a posar-se al dia en el pagament dels cànon i un vot de confiança per a poder continuar treballant en les millors condicions que podia oferir.

10. Per Resolució d'alcaldia d'11 de juliol de 2019 es van valorar les al·legacions anteriors formulades per la contractista en el sentit de desestimar-les, segons consta en l'informe del tècnic d'esports que es transcriu literalment, alhora que s'acorda incoar l'expedient de resolució del contracte per incompliment de les obligacions essencials i atorgar novament el tràmit d'audiència a la contractista, sense que consti que en el termini atorgat a aquest efecte hi formulés al·legacions.

11. S'incorporen a l'expedient les actes d'inspecció esteses per la Policia Local en dates 5, 7 i 13 de juliol de 2019, en què es constata l'incompliment de l'horari de

tancament del bar, així com la Resolució de l'alcaldia de 18 de juliol de 2019, que ordenava el compliment de l'horari de tancament.

12. El 26 de juliol de 2019, la secretària municipal va informar favorablement sobre la resolució del contracte administratiu atesos els incompliments detectats respecte de les obligacions essencials, i en la mateixa data va emetre una proposta de resolució del contracte per l'incompliment de les obligacions essencials que es concreten en deficiències respecte a la neteja de les instal·lacions, incompliment sistemàtic i reiterat de l'horari de tancament i dels terminis de pagament del cànon amb un deute pendent de 1.200 euros. La proposta de resolució atorgava un nou tràmit d'audiència a la contractista per un termini de deu dies naturals.

13. El 2 d'agost de 2019, la contractista va presentar un escrit d'al·legacions, en què manifestava que havia presentat diverses instàncies davant de l'Ajuntament en sol·licitud d'un horari just per al bar de les pistes esportives i adjuntava les normatives d'horaris en què es podia veure que s'atenia a l'horari establert per l'Ajuntament per un bar i tornava a sol·licitar una regularització dels horaris del bar de les instal·lacions esportives de Can Falguera. Aquestes al·legacions consten valorades en un informe de la tècnica de serveis jurídics de data 7 d'agost de 2019 en el sentit de desestimar-les.

14. Per Resolució de l'alcaldia de 8 d'agost de 2019, es va reiterar a la contractista que calia donar compliment a l'horari de tancament de les instal·lacions esportives segons l'informe de la tècnica de serveis jurídics de data 7 d'agost de 2019, que es transcrivia a la part expositiva, atès que en les actes de la Policia Local esteses el mes de juliol de 2019 es constata l'incompliment reiterat.

15. El 26 d'agost de 2019, l'interventor municipal va informar que la quantia pendent en concepte del pagament del cànon era de 1.200 euros.

16. El 29 d'agost de 2019, la secretària municipal va emetre l'informe jurídic-proposta de resolució del contracte per l'incompliment de les obligacions essencials, atès que d'una manera reiterada i sistemàtica no es donava compliment a l'horari de tancament del bar establert en els plecs, no hi havia un compliment a termini de l'abonament del cànon a satisfer i les instal·lacions no reunien les condicions de neteja i sanitàries pertinents.

17. En data 30 d'agost de 2019 va tenir entrada al Departament de la Presidència l'expedient tramitat i la sol·licitud de dictamen a la Comissió Jurídica Assessora formulada per l'Ajuntament de Palau-solità i Plegamans, i per escrit de 4 de setembre següent la subdirectora general d'Assistència Jurídica i d'Innovació a l'Administració Local va requerir a l'Ajuntament que completés l'expedient tramès amb l'aportació de documentació complementària.

18. Consta en l'expedient la Resolució d'alcaldia de 9 de setembre de 2019 per la qual es va acordar suspendre el termini per a resoldre el procediment de resolució contractual fins que no s'emetés el dictamen preceptiu de la Comissió Jurídica Assessora, així com la notificació d'aquesta resolució al contractista.

19. El 16 de setembre de 2019, la subdirectora general d'Assistència Jurídica i d'Innovació a l'Administració Local va informar favorablement sobre la tramesa de l'expedient a aquest òrgan consultiu a l'efecte d'emetre'n dictamen.

20. El 18 de setembre de 2019 va tenir entrada en aquesta Comissió Jurídica Assessora 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).

21. El 19 de setembre de 2019, el Ple de la Comissió va admetre a tràmit la petició referida i en va designar ponent.

FONAMENTS JURÍDICS

I. Objecte del dictamen

És objecte d'aquest dictamen la resolució d'un contracte adjudicat per l'Ajuntament de Palau-solità i Plegamans anomenat "contracte administratiu especial d'exploració del bar ubicat a la instal·lació esportiva Can Folguera", adjudicat per Resolució de l'alcaldia d'1 de juliol de 2016 al Sr

per a un termini de quatre anys i un cànon, segons l'oferta presentada pel contractista, de 28.800 euros pel total del període del contracte, a raó de 7.200 euros anuals.

La proposta de resolució del contracte es fonamenta en diversos incompliments de les obligacions que corresponen al contractista i que es consideren essencials; en concret, les relatives als terminis estipulats al contracte per al pagament del cànon d'exploració del bar, les condicions pertinents de neteja i sanitàries de les instal·lacions, i l'horari de tancament del servei de bar, en els termes en què posteriorment es veurà.

II. Intervenció de la Comissió Jurídica Assessora

La intervenció de la Comissió Jurídica Assessora s'efectua d'acord amb l'article 8.3.e) 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 (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, el contractista s'ha oposat a la resolució del contracte en els escrits d'al·legacions presentats en dates de 18 d'abril i 2 d'agost de 2019.

III. Naturalesa del contracte i règim jurídic aplicable

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 i 232/2019), cal diferenciar entre la regulació del procediment de resolució contractual i la que resulta aplicable als aspectes substantius relatius als efectes, al compliment i a 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 l'11 de juliol de 2019, quan era ja 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 per la normativa anterior pel que fa als efectes, compliment i extinció, inclosa la modificació, duració i règim de pròrrogues.

En el cas que s'analitza, el contracte es va adjudicar per Resolució d'alcaldia d'1 de juliol de 2016, i es va formalitzar en data de 18 de juliol següent, de manera que, d'acord amb la disposició transitòria primera esmentada, cal concloure que en aquest cas resulta d'aplicació el TRLCSP.

Pel que fa a la tipologia o naturalesa jurídica del contracte, si bé l'Ajuntament considera que es tracta d'un contracte administratiu especial d'explotació del bar i en el plec de clàusules administratives particulars es justifica aquesta qualificació d'acord amb els articles 10 i 301 del TRLCSP, que es refereixen al contracte de serveis, en realitat es tracta d'un contracte de gestió de servei públic. Aquest tipus contractual era possible segons la normativa aplicable en el moment de

l'adjudicació del contracte, malgrat que en l'actualitat l'LCSP no el preveu amb aquesta denominació.

IV. Consideracions de caràcter formal

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 –TRLCSF 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, 170/2018, 200/2018 i 168/2019) 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 Resolució de l'alcalde d'1 de juliol de 2016 i el procediment de resolució contractual s'ha iniciat per Resolució de l'alcalde d'11 de juliol de 2019. En conseqüència, el procediment ha estat incoat 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; 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 consta que s'ha atorgat en diverses ocasions el tràmit d'audiència i vista de l'expedient al contractista, i que es justifica que no hi va haver entitat avaladora, motiu pel qual no hi ha altres interessats en el procediment. Així, hi consta que, abans de la incoació del procediment de resolució del contracte que suara s'analitza, es va atorgar un primer tràmit d'audiència al contractista per la Resolució d'alcaldia de 5 de desembre de 2018, mitjançant la qual s'obria un expedient informatiu respecte dels incompliments constatats, i que posteriorment li van atorgar un segon tràmit d'audiència per la proposta de 8 d'abril de 2019 de la secretària municipal de tramitar un expedient de resolució contractual, que aleshores no va prosperar. Consten en l'expedient les al·legacions formulades pel contractista en aquests dos primers tràmits, i consten també degudament valorades.

Per Resolució d'alcaldia d'11 de juliol de 2019 es va incoar el procediment de resolució contractual i es va atorgar el tràmit d'audiència corresponent al contractista, sense que hi formulés al·legacions. Com a documentació justificativa dels incompliments que l'Ajuntament atribueix al contractista consten incorporats a l'expedient dos informes tècnics sobre l'estat de les instal·lacions del bar, dos informes de l'interventor sobre els terminis de pagament del cànon efectuats pel

contractista, una resolució sancionadora i diverses actes de les inspeccions realitzades per la Policia Local sobre l'horari de tancament del bar.

El 26 de juliol de 2019, la secretària municipal va informar favorablement sobre la resolució del contracte administratiu atesos els incompliments detectats, i va proposar resoldre el contracte amb l'atorgament d'un nou tràmit d'audiència al contractista en el decurs del qual sí que hi va presentar un escrit d'al·legacions, les quals han estat degudament valorades en un informe de la tècnica dels serveis jurídics de data 2 d'agost de 2019. Finalment, s'ha incorporat a l'expedient l'informe jurídic-proposta de resolució emès el 29 d'agost de 2019 per la secretària municipal, en què, un cop analitzats els incompliments contractuals i valorades les al·legacions, es proposa resoldre el contracte per l'incompliment d'obligacions contractuals essencials.

Pel que fa a la conformació de l'expedient, juntament amb la documentació relativa al procediment de resolució del contracte, s'adjunten els documents relatius a l'expedient de contractació de què porten causa. L'expedient està degudament indexat, encara que no ha estat foliat o paginat; circumstància que en dificulta el maneig i l'estudi, i que no s'adequa a les previsions dels articles 46 de la Llei 26/2010 i 70 de l'LPAC. Sobre aquesta qüestió, en els dictàmens 3/2019 i 217/2019, entre d'altres, aquest òrgan consultiu va dir el següent: «La Comissió, en el recent Dictamen 151/2018, ha recordat la importància del requisit de la foliació previst als preceptes esmentats i ha assenyalat que l'article 70 de l'LPAC, a més de donar una noció d'expedient administratiu, disposa que, quan l'expedient electrònic hagi de ser remès a un altre òrgan o administració, aquesta remissió s'ha de fer d'acord amb el que preveuen l'Esquema Nacional d'Interoperabilitat i les normes tècniques d'interoperabilitat corresponents, i s'ha d'enviar complet, foliat, autènticat i acompanyat d'un índex, així mateix autènticat, dels documents que

contingui. En aquest mateix Dictamen, la Comissió assenyala que l'Administració, en la mesura de les disponibilitats tècniques existents, i en el procés d'implementació de l'expedient electrònic, ha de remetre a aquesta Comissió l'expedient indexat i foliat d'acord amb les "Normes Tècniques d'Interoperabilitat" esmentades, per tal que garanteixi els principis d'integritat i immutabilitat de l'expedient.»

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 corresponent 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, com s'ha dit, per Resolució de l'alcaldia d'11 de juliol de 2019, i en la documentació incorporada a l'expedient hi consta també la Resolució de l'alcalde de 9 de setembre de 2019 per la qual s'acorda suspendre el termini per a resoldre el procediment fins que no s'emeti el dictamen, cosa que es va notificar degudament al contractista. 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

V.1. Causes de resolució que s'invoquen en la proposta de resolució

L'Ajuntament de Palau-solità i Plegamans justifica la proposta de resolució en l'incompliment de diverses obligacions establertes en el plec que tenen la consideració d'essencials i invoca l'article 223 del TRLCSP, que, en la lletra f), estableix que són causes de resolució del contracte "l'incompliment de les restants obligacions contractuals essencials, qualificades com a tals en els plecs o en el contracte".

Concretament, els incompliments es concreten en el fet que el contractista d'una manera reiterada i sistemàtica no dona compliment a l'horari de tancament del bar establert als plecs; que no hi ha un compliment en termini de l'obligació de pagar el cànon, i que les instal·lacions no reuneixen les condicions sanitàries i de neteja pertinents. La justificació d'aquests incompliments es documenta en l'expedient en els termes que s'exposen a continuació.

a) L'incompliment de l'horari de tancament del bar

Aquest incompliment es justifica mitjançant la incorporació a l'expedient de diverses actes de la Policia Local, un total de quinze, esteses cadascuna en visites d'inspecció al bar de les instal·lacions esportives efectuades en dies diferents entre l'1 de febrer de 2019 i el 17 d'agost de 2019, en què es deixa constància que el bar

en dies feiners de dilluns a divendres romania obert després de les 23.00 h i els dissabtes després de les 22.00 h.

Per Resolució d'alcaldia de 18 de juliol de 2019, atès el contingut de les actes de la Policia Local en què es constata l'incompliment reiterat i sistemàtic de l'horari de tancament del bar, es va requerir al contractista el compliment de l'horari de tancament (de dilluns a divendres a les 23.00 h, dissabtes a les 22.00 h i diumenges a les 16.00 h). Aquest requeriment va ser novament reiterat per Resolució de l'alcaldia de 8 d'agost de 2019 arran de les al·legacions presentades en el procediment de resolució del contracte a les quals posteriorment s'al·ludirà.

També figura en l'expedient tramès la Resolució de 4 de març de 2019, del director general d'Atenció Ciutadana del Departament d'Interior, dictada en el marc d'un procediment sancionador incoat contra el contractista el 30 d'octubre de 2018, en què li imputaven dues infraccions administratives tipificades com a faltes greus consistents en el fet que, el dia 4 de febrer de 2018 (diumenge), a les 2.00 h de la matinada, el bar encara era obert i, en conseqüència, es va incomplir l'horari màxim d'acabament de l'activitat del bar estipulada en el contracte, i l'activitat de bar musical que aquell dia es realitzava no estava emparada en el contracte administratiu. Atès que, segons consta en la part dispositiva de la resolució, en data 8 de novembre de 2018 el contractista va presentar un document de declaració voluntària de reconeixement de responsabilitat i sol·licitud de pagament avançat, renúncia d'accions i recursos en via administrativa, així com de reducció de les sancions imposades, s'acorda d'acceptar el reconeixement de la responsabilitat en la comissió de la infracció, i reconèixer com a íntegre, un cop aplicades les reduccions establertes en l'article 85.3 de l'LPAC, el pagament de les sancions corresponents a l'expedient sancionador que el contractista va efectuar el 15 de febrer de 2019.

b) L'incompliment de l'obligació de pagar a termini el cànon d'explotació

Figura en l'expedient l'Informe de 5 de novembre de 2018, emès per l'interventor municipal, en què, després de posar de manifest que, de conformitat amb la clàusula cinquena del plec de clàusules administratives, el cànon anual (7.200 euros) s'havia de fer efectiu en quatre pagaments trimestrals (de 1.800 euros) a ingressar durant la primera setmana dels mesos de setembre, desembre, març i juny, facilita un detall dels ingressos corresponents al pagament del cànon dels anys 2016, 2017 i 2018 i el moment en què s'efectuen.

En el detall de l'any 2016 consta un únic ingrés de 1.800 euros, que s'havia efectuat el mes de febrer de l'any següent (2017).

L'any 2017 consten set ingressos a les dates següents: 1.800 euros el 6 de novembre de 2017; 1.800 euros el 21 de març de 2017; 900 euros el 5 de març de 2018; 900 euros el 9 d'abril de 2018; 600 euros el 26 de juny de 2018; 600 euros el 5 de juliol de 2018 i 600 euros el 26 de juliol de 2018.

L'any 2018 consten dos ingressos de 600 euros, efectuats el 14 de setembre i el 9 d'octubre. L'informe de l'interventor conclouia que el contractista estava incomplint el termini d'abonament del cànon i que el deute pendent a la data d'emissió de l'informe (el 5 de novembre de 2018) era de 4.200 euros.

En un segon informe de data 8 d'abril de 2019, l'interventor municipal fa constar que, si bé el pagament del cànon era trimestral, el contractista estava efectuant pagaments mensuals i assenyala que el deute pendent en aquesta data era de 1.200 euros.

c) Incompliment de les condicions sanitàries i de neteja de les instal·lacions del bar

Consta en l'expedient l'Informe de 20 de novembre de 2018, signat pel tècnic d'esports municipal, sobre una inspecció feta a les instal·lacions del bar en data 8 d'octubre de 2018 per part del personal de serveis tècnics, salut pública i esports. L'informe adjunta fotografies de reduïdes dimensions sobre l'estat en què aquest dia es trobaven les instal·lacions, sense una descripció explicativa. S'hi pot veure que, a la zona de porxo i serveis i zona d'entrada al bar, hi ha papereres amb escombraries i brossa acumulada, i, a la zona de contenidors i reciclatge, envasos i restes de deixalla fora dels contenidors. A la zona de vestidors es visualitza un estat descuidat de neteja de l'inodor i, finalment, a la zona de bar es veuen altaveus d'una dimensió considerable. L'informe assenyala que el 22 d'octubre de 2018 es va mantenir amb el contractista una reunió a l'Ajuntament en la qual es va acordar que li atorgaven una setmana per a esmenar els defectes de les instal·lacions, alhora que el requerien perquè complís els horaris, d'acord amb el plec de clàusules administratives, i perquè respectés el descans dels veïns i es posés al dia en els pagaments del cànon. Finalment, l'informe afegeix que el 31 d'octubre de 2018 es va dur a terme una nova inspecció de les instal·lacions per a comprovar si s'havien efectuat les millores sol·licitades i, en aquest punt, s'indica el següent:

“Zona de porxo, serveis, entrada bar, bar i terrasses:

- Les papereres estaven buides i han col·locat tres papereres a l'entrada del bar per a reciclatge.
- Ja no hi eren els altaveus de mida gran que tenien instal·lats.

Zona exterior contenidors reciclatge:

– No hi havia cap objecte fora dels contenidors i els de reciclatge d'orgànic de la instal·lació estaven recollits.

Zona vestidors:

– Segueixen igual que l'anterior inspecció.”

D'altra banda, en relació amb l'estat de les instal·lacions, consta incorporat a l'expedient un informe de la tècnica de Salut Pública del final de gener de 2019 (a partir de la informació facilitada en l'expedient no se'n pot concretar més la data), en què s'indica que el 6 de novembre de 2018 es va atorgar al contractista el tràmit d'audiència d'un informe tècnic –que no consta en l'expedient–, en què s'exposaven les deficiències detectades en les instal·lacions en una visita d'inspecció efectuada el 25 d'octubre anterior.

L'informe esmentat assenyala que, el 18 de gener de 2019, es va fer una nova visita al bar per a comprovar si s'havien resolt les deficiències detectades i s'indica que en aquesta visita es va detectar el següent:

“Estructura

1. Segueixen havent-hi estructures sense manteniment (per ex. tubs del gas amb rovell i pintura malmesa, la porta que dona a l'exterior té forats i escletxes).
2. El llum de la cuina està espatllat i en el moment de la inspecció desprotegit.
3. Hi ha superfícies de treball que no són de fàcil neteja i desinfecció. Són taules de plàstic, una d'elles amb un hule amb estrips que no facilita la neteja.
4. Han reorganitzat els serveis higiènics. Un d'ells l'utilitzen com a WC dels manipuladors i zona de neteja amb productes i estris de neteja. Han retirat begudes i ja no ho utilitzen com a magatzem. L'altre el tenen per emmagatzemar estris però no hi tenen res d'aliments ni begudes, no obstant això just abans d'entrar al WC hi ha un congelador que tenen gairebé buit.

5. No disposen de vestuari per guardar la roba i calçat.

Processos

6. Els estris de neteja els tenen tots junts i sense identificar (cuina, bany, exteriors) i els tenen molt bruts. No tenen tots els productes de neteja en un espai aïllat i tancat (en tenen a la barra del bar).

7. Millora la neteja però han de millorar els racons i les neveres o congeladors.

8. Milloren la identificació dels aliments.

9. En el moment de la inspecció no observem aliments a temperatura ambient i manifesten que no descongelen a temperatura ambient.

10. No han iniciat un pla d'autocontrol i comenten que s'haurà de contractar algú per fer-lo.”

V.2. Al·legacions del contractista

El contractista ha presentat al·legacions en dates 18 d'abril i 2 d'agost de 2019, per donar resposta principalment als incompliments que consten sobre l'horari de tancament del bar i el pagament del cànon. En el primer escrit d'al·legacions posa de manifest –cosa que no consta en l'apartat de millores presentades del contracte de servei de bar, i que tampoc s'acredita en les al·legacions esmentades– que en el projecte de millora que va presentar a la licitació va deixar constància que volia servir sopars i per això va duplicar la millora econòmica presentada en relació amb el cànon, i que els responsables de l'Ajuntament ho van acceptar –cosa que no es desprèn del contracte administratiu pel qual li adjudiquen el servei de bar–. I és per aquest motiu que, segons afirma, ha estat treballant sobre la base dels mateixos horaris estipulats pels altres bars, segons consta en l'apartat d'horaris d'activitats de la pàgina web municipal. Afegeix que lamenta molt les actes d'incompliment de l'horari nocturn esteses per la Policia Local i els malentesos, i que l'únic

objectiu és poder arribar a final de mes, ja que des que es va iniciar la limitació horària ha perdut molta feina i li costa afrontar qualsevol tipus de pagament, raó per la qual justifica que s'endarrereix en el pagament del cànon. Finalment, sol·licita un termini de quaranta-cinc dies per a pagar el deute pendent del cànon, i que li facin confiança per a poder dur a terme la feina en les millors condicions possibles que pot oferir, i que, si amb això no acaba de convèncer, serà el primer a no tornar-se a presentar a la licitació següent.

En el segon escrit d'al·legacions de data 2 d'agost de 2019, el contractista exposa que havia presentat a l'Ajuntament més de deu instàncies en què sol·licitava un "horari just" per al bar de les instal·lacions. Altrament, posa de manifest que, segons constava en un informe oficial de l'Ajuntament sobre les diferents normatives d'horaris, després de l'horari de tancament disposava d'un marge de 30 minuts per a desallotjar el local i portar a terme les tasques de neteja i reposició de gènere, de manera que considerava inapropiat que s'emetessin actes policials d'incompliment d'horaris, com la de data 15 de febrer, en una visita efectuada a les 23.18 h, entre d'altres. Reiterava novament que s'atenia a l'horari que el mateix Ajuntament estipulava per a qualsevol altre bar, segons la normativa d'horaris que li havia estat facilitada, i que l'únic que pretenia era un "horari just" per al bar fins que finalitzés el contracte, ja que, si no podia treballar, no podia atendre els pagaments.

V.3. Valoració de les al·legacions presentades

Les primeres al·legacions formulades consten valorades per l'Ajuntament en un informe jurídic dels serveis tècnics municipals que consta incorporat a la resolució d'incoació del procediment de resolució del contracte. Pel que fa al Projecte de millora del bar de la instal·lació que el contractista va presentar a la licitació,

l'informe assenyala que, en relació amb els menús, es feia constar que “El meu compromís és educar en una alimentació saludable i sostenible, mitjançant menús confeccionats, sempre assessorat per professionals del sector alimentari. Amb la intenció d'oferir una àmplia gamma de productes: entrepans freds i calents, varietat de plats combinats, tapes variades, àmplia carta de plats casolans”, sense que consti, en conseqüència, la referència als sopars al·legada pel recurrent. D'altra banda, pel que fa als horaris d'obertura, l'informe indica que el projecte de millora del bar presentat pel contractista en aquest punt assenyala “fent referència a l'horari d'obertura de l'establiment, dir que l'usuari podrà aprofitar-se de la màxima cobertura horària permesa”.

El segon escrit d'al·legacions ha estat valorat en l'informe de la tècnica de Serveis Jurídics de data 7 d'agost de 2019, en què, després d'afirmar que l'escrit d'al·legacions demostra que el contractista no té gens d'interès o voluntat de donar compliment als horaris establerts en els plecs, assenyala que:

– Malgrat que el contractista ha presentat diverses peticions de modificació de l'horari establert, no han estat autoritzades per l'Ajuntament, de manera que el contractista s'ha d'atendre al que estableixen els plecs. El fet que hagi presentat diverses sol·licituds per a ampliar l'horari del bar o, com ell afirma, “sol·licitant la regularització”, deixa palès que és coneixedor del que estableixen els plecs i que no dona compliment a les previsions horàries establertes.

– El contractista pretén que el bar de les instal·lacions esportives sigui com qualsevol altre bar del municipi de titularitat privada, però no es tracta del mateix supòsit, ja que el bar de les instal·lacions esportives és accessori d'aquestes i ha d'estar al seu servei.

- El contractista en cap moment s’ha preocupat de les instal·lacions, que durant mesos han estat en un estat deplorable.

- Tot i que el contractista al·lega que, si no pot fer un horari més ampli com la resta de bars, no podrà atendre els pagaments, el cert és que no ha estat mai al dia en el pagament del cànon del contracte, i en canvi sí que ha estat fent l’horari que li ha interessat amb incompliment dels plecs.

- Els horaris per al bar que s’estableixen en el plec d’una manera ponderada per l’Administració ho són d’acord amb els de les instal·lacions esportives per a donar servei a aquestes i tenint en compte que l’emplaçament és en una zona residencial, i s’ha de fer compatible el descans veïnal amb el desenvolupament de l’activitat. En el moment en què això no es respecta, es produeixen perjudicis d’interès general de difícil reparació que el contractista no té en absolut en compte.

- Quant al marge de mitja hora després de l’hora de tancament a què es refereix el contractista, no hi ha cap ordenança que reguli aquesta qüestió i s’ha d’estar al que estableix la normativa general. Però les actes de la Policia Local sempre han constatat que en aquesta franja a l’establiment no s’havia aturat l’activitat ni els clients estaven abandonant el local, sinó que el bar estava en ple funcionament. Per exemple, l’acta del dia 19 de juliol que la patrulla passa a les 23.30 h, es constata que hi ha una taula amb vuit persones a l’exterior i a l’interior una de cinc persones. Es comprova que els clients marxen a les 00.30 h, i a la 1.00 h el local es trobava totalment tancat. Un altre exemple aclaridor el constitueix l’acta del dia 12 de juliol a les 23.30 h, que assenyala que hi ha unes cinquanta persones a l’exterior i vint nens jugant amb il·luminació a la pista. Mitja hora més tard, a les 24.00 h, la situació era la mateixa. A la 1 de la matinada hi ha unes quinze persones i el titular els informa que han de marxar i comença a recollir.

– Les actes aixecades per la Policia Local el darrer cap de setmana deixen constància per enèsima vegada l'incompliment de l'horari de tancament del bar, i malgrat que s'hi recull que el contractista afirma que la qüestió es troba en vies de solució, de la instància presentada es desprèn precisament el contrari, és a dir, la voluntat clara i inequívoca de no donar compliment a l'horari establert als plecs i d'allargar l'incompliment fins que es resolgui el contracte.

VI. El parer de la Comissió Jurídica Assessora

En vista de les causes d'incompliment invocades i de les al·legacions formulades pel contractista, correspon a la Comissió verificar si aquestes tenen el caràcter jurídic d'essencial, i, en el cas que existeixin tals incompliments, valorar si el contractista n'és el culpable, a l'efecte del que preveu l'article 225.3 del TRLCSP.

VI.1. La procedència de la resolució del contracte

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 i 232/2019).

El contracte que ara s'examina té per objecte, segons la clàusula número 1 del plec, "L'explotació del bar ubicat a la instal·lació esportiva de Can Falguera i el suport en la gestió global de la instal·lació. El contracte comportarà l'autorització de l'ús privatiu per part del contractista a fi de la prestació de serveis propis del sector hostaler, i, en concret, els assimilables a bar, cafeteria i restaurant, per atendre adequadament als usuaris de l'equipament esportiu en les dependències objecte d'aquesta concessió descrites en aquest plec, el control dels accessos i els horaris de tota la instal·lació, la neteja de l'espai exterior i petits manteniments".

Segons la clàusula segona, el contracte comporta l'autorització de l'ús privatiu per part del contractista dels espais de domini públic del bar (inclou la zona de barra, cuina i menjador), magatzem i lavabos (situats al costat del bar, entre aquest espai i els vestidors de la instal·lació) i terrassa (situada al lateral del bar, entre aquest i la pista poliesportiva, i la zona interior de sauló entre la pista esportiva i el camp de futbol).

Les tasques concretes a realitzar es determinen en la clàusula sisena. A banda de la prestació de serveis de bar i menjars, i de conservar els recintes i instal·lacions cedides en perfecte estat de manteniment, neteja i higiene, el contractista havia de dur a terme funcions de col·laboració de recepció de documentació i informació diversa amb les entitats de l'àmbit IEM Can Falguera, control dels horaris de funcionament i de l'ús dels espais de l'IEM Can Falguera, neteja de vestidors i neteja dels espais esportius (que no es concreten).

De conformitat amb el que preveu l'article 223 del TRLCSP, apartat f), invocat en la proposta de resolució, són causes de resolució del contracte "L'incompliment de les restants obligacions contractuals essencials, qualificades com a tals en els plecs o en el contracte".

El plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte regula en la clàusula dinovena les causes de resolució del contracte. L'apartat primer estableix que “amb caràcter general seran causes de resolució les que preveu el plec de clàusules administratives generals i les establertes als articles 223 i 286 del TRLCSP”. L'apartat segon especifica diverses causes per les quals es podrà resoldre el contracte, entre les quals s'estableix que és causa de resolució l'incompliment de les obligacions essencials del contracte, malgrat que en els plecs no s'expliciten quines condicions o obligacions tenen el caràcter d'essencials.

En relació amb l'incompliment de les obligacions previstes en el contracte, la Comissió Jurídica Assessora ha recordat en dictàmens anteriors que no tot incompliment contractual pot ser causa de resolució del contracte, sinó que cal que l'obligació incomplerta es pugui qualificar d'essencial en el context precís del vincle contractual examinat, encara que no estigui qualificada de tal en el plec de condicions. És el cas dels dictàmens 315/2015, 137/2016, 331/2017, i més recentment dels dictàmens 50/2018 i 146/2018, entre d'altres, en què la Comissió ha assenyalat que preval la nota de l'essencialitat de l'obligació, sobre l'aspecte purament formal d'haver-se designat com tal. En concret, en el Dictamen 146/2016, la Comissió va assenyalar que “l'essencialitat no és una qüestió merament formal, d'haver designat com a essencials determinades obligacions, sinó que cal atendre el contingut de les obligacions en el marc de l'objecte i l'economia del contracte”.

D'acord amb la doctrina referenciada, és procedent analitzar si els diferents incompliments en què l'Ajuntament fonamenta la resolució del contracte s'han de considerar incompliments essencials.

a) L'incompliment de l'obligació de pagar el cànon d'explotació

Pel que fa a l'incompliment al·legat respecte del pagament del cànon en els terminis establerts en el contracte, la clàusula cinquena del plec de clàusules administratives estableix que el cànon s'ha de meritjar a partir de la signatura del contracte i s'ha de fer efectiu en quatre pagaments trimestrals que s'han d'ingressar a l'Ajuntament durant la primera setmana dels mesos de setembre, desembre, març i juny –cal entendre, tot i que no s'especifica, per un import de 1.800 euros–, tenint en compte que el cànon anual és de 7.200 euros, segons l'oferta presentada pel contractista. El primer informe emès per l'interventor municipal, que detalla els diferents ingressos efectuats pel contractista en relació amb els cànon dels anys 2016, 2017 i 2018, palesa els retards en els pagaments; que els ingressos s'efectuen en el moment volgut pel contractista, sense seguir les pautes de pagament quadrimestral que s'estipulen en els plecs, i que les quanties ingressades són diferents a les estipulades (hi consten ingressos de 1.800 euros, però també de 600 i 900 euros). D'altra banda, aquest primer informe constata un deute pendent en la data d'emissió de 4.200 euros.

En el segon informe de l'interventor, sobre el pagament del cànon corresponent a l'any 2019 s'assenyala que, malgrat que el contracte definia la meritació del cànon d'una manera trimestral, el contractista feia temps que estava efectuant pagaments mensuals de 600 euros. De la relació de pagaments que es consigna en aquest informe es comprova que el contractista satisfà les quotes amb notable endarreriment (la quota del mes de gener se satisfà el mes d'abril, la del mes de febrer s'ingressa el mes de maig, la del mes de març s'ingressa el mes de juny i la del mes d'abril. el mes de juliol). L'informe conclou que en la data d'emissió de l'informe hi havia un deute pendent de pagament de 1.200 euros.

De l'expedient aportat, també es constata que, al llarg del darrer any, l'Ajuntament ha reclamat en diverses ocasions al contractista que es posés al dia del pagament del cànon establert, com és el cas de la reunió duta a terme el 22 d'octubre de 2018, reflectida documentalment. I, de fet, el contractista no solament no nega aquesta circumstància, sinó que en diferents moments reclama temps per a posar-se al dia del pagament del cànon.

És oportú, a més, recordar que l'oferta feta pel contractista en el moment de la licitació va multiplicar per dos la quantia que es preveia en el plec de clàusules administratives del contracte, fet que en el moment de l'adjudicació del contracte va propiciar la necessitat d'emetre un informe *ad hoc* dels serveis municipals per a constatar que no era una oferta temerària i que es podia acceptar. D'acord amb el quadre que recull la puntuació obtinguda per les diferents ofertes que es van presentar en el moment de la licitació, la qüestió del preu va ser decisiva per al contractista escollit i que ara incompleix en els terminis de pagament. Sens dubte, aquesta dada contribueix a acreditar d'una manera material el caràcter d'essencial que es pot inferir de l'obligació d'atendre el cànon finalment establert al contracte.

Ensems, i en relació amb l'incompliment de l'obligació del pagament del cànon, aquest òrgan consultiu s'hi ha pronunciat en diverses ocasions. En el Dictamen 218/2019 es diu: «Aquesta Comissió Jurídica Assessora ha considerat que l'incompliment del pagament del cànon constitueix un incompliment d'una condició essencial del contracte. Així, en el Dictamen 77/2018, sobre una resolució contractual, aquesta Comissió ja va dir que “L'obligació de pagar el cànon és una obligació substancial del mateix negoci jurídic de concessió de la gestió del servei públic, i és la prestació de caràcter econòmic principal que té la prestadora del servei amb l'Ajuntament, l'incompliment de la qual dona lloc a la resolució del contracte”. En termes similars s'ha pronunciat en el Dictamen 119/2017, citant el

Dictamen 230/2016, en relació amb un contracte de gestió de servei públic d'exploració d'un servei de bar i un local cívic i sociocultural, en el qual va considerar que “queda plenament acreditat que l'adjudicatària ha incorregut en un incompliment contractual pel que fa al pagament del cànon o lloguer mensual i també de les factures de subministrament elèctric; qüestió que ni tant sols discuteix l'adjudicatària [...]. Arribats a aquest punt, s'ha d'indicar que [...] el pagament del cànon [...] constitueix una obligació essencial del contractista i que el seu incompliment comporta la resolució del contracte, tal com ha afirmat en diverses ocasions aquesta Comissió (dictàmens 13/2014 i 100/2016). I és que, en efecte, les obligacions del contractista de pagar el cànon de lloguer, com de les despeses de llum, a més d'estar previstes en la clàusula [...] del contracte [...], són obligacions que, al marge de qüestions formals, han de ser considerades com a essencials en el marc de l'objecte i economia del contracte, tal com ha indicat en d'altres ocasions aquesta Comissió (dictàmens 137/2016, 138/2016 i 146/2016)”.»

Per tot l'exposat, cal concloure que és procedent acollir la causa de resolució per incompliment del pagament del cànon invocada per l'Ajuntament.

b) L'obligació de mantenir les instal·lacions del bar en les condicions sanitàries i de neteja pertinents

Si bé la proposta de resolució atribueix al contractista l'incompliment de mantenir les instal·lacions del bar en les condicions sanitàries i de neteja pertinents, el cert és que no s'acredita d'una manera suficient. Sobre això, l'expedient aportat incorpora dos informes: d'una banda l'Informe de 20 de novembre de 2018, emès pel tècnic d'esports, i, d'una altra, l'informe de finals de gener de 2019, elaborat per la tècnica de salut pública, identificats anteriorment.

Així, en el primer informe s'assenyala que, després de l'advertència efectuada i a partir d'una segona inspecció de les instal·lacions, alguns dels incompliments detectats a la primera inspecció han estat esmenats, mentre que d'altres –com el relatiu a la neteja de la zona dels vestidors– continuen igual, malgrat que no s'especifiquen els defectes concrets que hi havia a aquesta zona.

I pel que fa a l'informe de la tècnica de salut pública, els defectes d'estructura que hi consten (tubs del gas amb rovell i pintura malmesa, porta exterior amb forats i escletxes i llum de la cuina espatllat) no semblen tenir entitat suficient. També s'assenyala que hi ha superfícies de treball que no són de fàcil neteja i desinfecció perquè són taules de plàstic, però tampoc s'afirma en cap moment que les superfícies en qüestió no reuneixin les condicions sanitàries pertinents. El mateix informe exposa alguns defectes de neteja en l'àmbit de processos, però en cap moment s'afirma que les mancances detectades puguin tenir una afectació en la salut pública.

A partir de les previsions de les obligacions contractuals establertes tant en el plec de clàusules administratives particulars com en el plec de prescripcions tècniques, és pertinent concloure que els defectes que aquests informes fan constar, així com el que resulta acreditat del conjunt de l'expedient, no presenten l'entitat suficient per a considerar-los com un incompliment de les obligacions essencials del contracte.

c) L'incompliment de l'horari de tancament del bar

Consta en l'expedient que l'Ajuntament en moltes ocasions va advertir al contractista que l'horari de tancament de les instal·lacions del bar, segons els plecs

que regien el contracte, era de dilluns a divendres a les 23.00 h, dissabtes a les 22 h i diumenges a les 16.00 h. I que el contractista va fer cas omís a les advertències.

L'horari d'obertura de les instal·lacions es regula en les clàusules 3 i 6 del plec de clàusules tècniques del contracte, que s'han de posar en relació amb el que estableix l'annex del mateix plec.

La clàusula 3 estableix que: “el contractista realitzarà la prestació del servei amb continuïtat i regularitat durant els dies d'obertura al públic de la instal·lació definits per l'Ajuntament, fins a la finalització del termini del contracte.

Els dies i horaris d'obertura del bar correspondrà amb el calendari definitiu aprovat anualment per l'Ajuntament segons el calendari d'activitats de les entitats que fan ús de la instal·lació (veure annex 1 del plec de prescripcions tècniques).

Així mateix, l'Ajuntament es reserva el dret a ampliar, reduir o variar l'horari establert a la clàusula 6 quan sigui necessari i es comunicarà al contractista amb temps suficient per a que faci les adaptacions oportunes.”

Al seu torn, la clàusula 6 que regula les tasques concretes a realitzar estableix que:

“L'horari d'obertura mínim de les instal·lacions (del bar) és el següent:

Dilluns a divendres de 10.00 a 23.00 hores (un matí de descans setmanal de dilluns a divendres, a escollir pel contractista, garantint l'obertura a la tarda a les 16.00 h.

Dissabtes de 08.00 a 22.00 h.

Diumenges de 08.00 a 16.00 h.

L'horari a més s'haurà d'adaptar al programa d'activitat extraordinàries puntuals que hi hagi establert per a cada temporada. Qualsevol adaptació horària que s'hagi de portar a terme per a la programació d'una activitat puntual fora de l'horari previst serà notificada al contractista amb un mínim de 15 dies d'antelació.”

Si bé d'entrada aquesta clàusula fa referència a l'horari d'obertura mínim, cal tenir en compte que, d'acord amb l'establert en la clàusula tercera i l'annex del mateix plec de prescripcions tècniques, és indubtable que es tracta també de l'horari màxim permès. Així, aquest annex estableix que la instal·lació del bar s'ha de tancar una hora després que finalitzi l'últim partit i sempre respectant l'horari de tancament de la instal·lació. En l'apartat sobre la temporada esportiva s'indica que l'horari dels entrenaments entre setmana és fins a les 22.00 h, i que els tornejos previstos durant el cap de setmana finalitzen el dissabte a les 20.00 h, i els diumenges a les 15.00 h. Altrament aquest annex estableix en la darrera previsió que “en estar tancada la instal·lació també ho estarà el bar i mai no podrà perllongar l'obertura del bar fora de l'horari de tancament de la instal·lació”.

A l'expedient, a través de les actes de la Policia Local, queda a bastament acreditat que el contractista ha incomplert reiteradament l'horari estipulat com a màxim. Així consten quinze actes policials que acrediten aquest extrem, i que, malgrat que l'Ajuntament l'ha advertit en diverses ocasions de l'horari de tancament i li ha ordenat que el respectés, el contractista n'ha fet cas omís. Fins i tot hi consta que es va obrir un expedient sancionador per aquest incompliment, que va finalitzar amb l'acceptació de la culpabilitat del contractista i la corresponent sol·licitud de pagament avançat de la sanció.

A més a més, ha quedat palès a través de les al·legacions efectuades pel contractista, i de les sol·licituds de modificació de l'horari presentades davant de l'Ajuntament, que el mateix contractista no té la voluntat d'acceptar aquest horari, i ha insistit una vegada i una altra a prestar el servei en la mateixa franja horària que la resta de bars del municipi, i ha afegit l'argument que altrament no podria atendre els pagaments del cànon. Sobre això, cal tenir present que, si bé l'article 5.1 de l'Ordre INT/358/2011, de 19 de desembre, per la qual es regulen els horaris dels establiments oberts al públic, dels espectacles públics i de les activitats recreatives, disposa que per a les activitats de restauració, entre les quals s'inclouen el restaurant, el bar, el restaurant bar i el saló de banquets, els horaris generals de tancament són com a màxim fins a les 2.30 h, aquest precepte deixa clar que aquest horari no és d'aplicació si la normativa específica o l'autorització corresponent estableix un altre horari, com succeeix en el cas que es planteja, en què l'horari de tancament del bar va lligat estrictament al de les instal·lacions esportives, en tractar-se d'un servei accessori d'aquestes.

Examinades les circumstàncies concurrents, es considera que l'incompliment de l'horari de tancament de la manera com es descriu afecta d'una manera essencial la prestació del servei i justifica la resolució del contracte. En aquest sentit, es té en compte també, tal com fonamenta l'Ajuntament en la valoració de les al·legacions formulades, que l'horari de tancament del bar es va estipular d'una manera ponderada tenint en compte que el bar té la finalitat de donar servei a les instal·lacions esportives, i que es troba en una zona residencial on s'ha de fer compatible l'activitat amb el descans veïnal, de manera que l'incompliment d'aquest horari perjudica l'interès general.

VI.2. Els efectes de la resolució del contracte

Un cop determinat que han existit incompliments contractuals de caràcter essencial, per tal de poder emetre un pronunciament sobre els efectes de la resolució, cal verificar si aquest és imputable al contractista totalment o parcialment d'acord amb la documentació incorporada a l'expedient.

L'article 225.3 del TRLCSP estableix que “Quan el contracte es resolgui per incompliment culpable del contractista, aquest ha d'indemnitzar l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats. La indemnització s'ha de fer efectiva, en primer terme, sobre la garantia que, si s'escau, s'hagi constituït, sense perjudici de la subsistència de la responsabilitat del contractista pel que fa a l'import que excedeixi el de la garantia confiscada”.

Sobre l'aplicació de l'article 225.3 del TRLCSP, actualment derogat, però aplicable al cas objecte d'aquest dictamen, la Comissió Jurídica Assessora s'ha pronunciat en diverses ocasions (entre d'altres, en els dictàmens 314/2015, 383/2015, 146/2016, 16/2017 i 188/2017, i més recentment en els dictàmens 301/2019 i 302/2019). En aquests dictàmens s'ha assenyalat que la confiscació de la garantia, d'acord amb la redacció literal d'aquest precepte, no té caràcter automàtic, sinó que està subordinada a l'existència d'un incompliment culpable i a la determinació i quantificació dels perjudicis causats. En el present cas, la proposta de resolució no inclou cap referència a uns possibles danys o perjudicis derivats de l'incompliment contractual, ni es pronuncia sobre la confiscació o no de la garantia definitiva constituïda pel contractista per import de 720 euros, d'acord amb el previst en la clàusula quinzena del plec de clàusules administratives particulars.


De la documentació incorporada a l'expedient, i particularment del que el mateix contractista reconeix, s'ha de concloure que els incompliments acreditats com a essencials respecte del pagament del cànon i el seguiment dels horaris establerts, només es poden qualificar de culpables. Això no obstant, d'acord amb la doctrina d'aquesta Comissió, no és procedent confiscar la garantia, en la mesura que en l'expedient no s'han determinat els danys i perjudicis ocasionats a l'Administració.

Per aquesta raó la Comissió, en la línia del que ja ha indicat en dictàmens anteriors (dictàmens 301/2019 i 302/2019), estima que el que és procedent en aquest cas és obrir un procediment específic per tal d'acreditar i valorar, si escau, els danys i perjudicis que l'incompliment culpable del contractista li hagi ocasionat amb les garanties i el contingut que estableix l'article 113 de l'RLCAP (dictàmens 3/2015 i 16/2017).

D'acord amb tot l'exposat, respecte de la proposta de resolució tramesa per l'Ajuntament, la Comissió coincideix a valorar com a essencials els incompliments relatius al pagament del cànon i al règim d'horari establerts al contracte, però no es pot acreditar que els incompliments relatius a l'obligació de mantenir les instal·lacions del bar en les condicions sanitàries i de neteja pertinents es puguin considerar d'essencials, d'acord amb el que preveu l'article 223 del TRLCSP, apartat f).

CONCLUSIÓ

S'informa favorablement sobre la resolució del contracte administratiu especial d'exploració del bar ubicat a la instal·lació esportiva de Can Falguera subscrit per l'Ajuntament de Palau-solità i Plegamans amb el Sr. .

 CPISR-1 C
2019.11.15 12:11:31
+01'00'

President